Die
sogenannte cessio legis
im gemeinen Recht und Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Otto Ruer,
Referendar.

Berlin.
Mayer & Müller
1900.

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Affolter: Über Cession von Forderungen, im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 13, Nr. 6.

Arndts: Pandekten. 14. Aufl.

Attenhofer: „Die Bedeutung der Denunciation bei der Cession nach heutigem praktischen Recht“ in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. Bd. XVI ff.

Bähr: Zur Cessionslehre, in Ihering's Jahrbüchern. Bd. I, Nr. 8.

Baron: Pandekten. 9. Aufl. 1896.

Biermann: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzb.: Das Sachenrecht.

Corpus iuris civilis: Ausgabe von Mommsen, Krueger und Schoell.

Carsten: Die fingierte Cession.

J. de Carvajal y Viana: Über die Cession der Reivindicatio. Inauguraldissertation. Göttingen 1889.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Aufl. 1897, 1898.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dernburg: Pfandrecht. Bd. II.

„ Pandekten, 5. Aufl.. 1896, 1897.

„ Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens. 1898.

Hugonis Donelli: Commentarii de iure civili. Editio sexta, liber XV.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Francke: Über die dem Cessionar aus der Person des Cedenten entgegenstehenden Einreden, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 16, Nr. 15.

Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. 16.

Gürgens: Die Singularsuccession in die Schuld, in Ihering's Jahrbüchern. Bd. 8, Nr. 8.

Herzog: Kommen dem Schuldner solche in Unkenntnis der Cession mit dem Cedenten vorgenommenen Rechtsakte, die wie Ver-

gleich, Erlass die Rechtslage des Schuldners auf Kosten des Gläubigers verbessern, zu Gute? Inaugural-Dissertation, Greifswald.

v. Ihering: Übertragung der rei vindicatio auf Nichteigentümer (Cession derselben, reiv. utilis, Connossement), in seinen Jahrbüchern Bd. I, Nr. 3.

Kuntze: Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts.

Martinius: Zu §§ 293 bis 313 des Entwurfs (Übertragung der Forderung in: Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs).

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. II, III.

Mühlenbruch: Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 3. Aufl. 1836.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II.

Musset: Beiträge zu der Lehre über Rechtsgrund und Wesen der Denunziation des Cessionars an den Schuldner, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. N. F. Bd. XII, Nr. 12.

Nolte: Das Klagrecht des Cedenten gegen den debitor cessus nach geschehener Cession. Inauguraldissertation, Greifswald, 1894.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Das Recht der Schuldverhältnisse.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz: Recht der Schuldverhältnisse.

Puchta: Cession, in Weiske's Rechtslexikon, Bd. II.

„ Pandekten. 12. Aufl. 1877.

Regelsberger: Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 63, Nr. 8.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. I, Allgemeiner Teil.

Reimers: Über die fingierte Cession. Inaug.-Diss. Göttingen 1891.

Reinecke: Steht das zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bei Begründung des Obligationsverhältnisses geschlossene pactum de non cedendo dem Cessionar entgegen, wenn er die trotz jener Übereinkunft cedierte Forderung einklagt? Inaug.-Diss. Greifswald 1892.

Ryck: Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht.

v. Savigny: Das Obligationenrecht. 2 Bde.

Scheibe: Das Klagrecht des Cedenten. Inaugural-Dissertation. Greifswald 1895.

Schmid: Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht. 2 Bde.

Stampe: Die Lehre von der Abtretung der Vindikation, im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 80, Nr. 8.

Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Schäffer: Welchem von mehreren Cessionaren gebührt, im Falle die Forderung jedem von ihnen zu verschiedener Zeit abgetreten worden ist, der Vorzug? im Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft. Bd, I, Heft 3; Nr. XXIII.

Unterholzner: Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Bd. I.

Valckenberg: Die Denunziation bei der Cession der Forderungsrechte. Inaug.-Diss. Giessen 1895.

v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. Bd. III, 7. Aufl. 1869.

Windscheid: Die Actio des römischen Civilrechts.

„ Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II, 7. Aufl. 1891.

Zaun: Zur Lehre von der sog. fingierten Cession, der Stellvertretung, den sog. Verträgen zu Gunsten Dritter und der Schuldübernahme, im Arch. für praktische Rechtswissenschaft. N. F. Bd. I, Nr. 2, 4.

Zimmermann: Über fingierte und stillschweigende Cession, insbes. der Vindikation in der Zeitschr. f. Civilrecht und Prozess. Bd. XV, Nr. 4.

Disposition.

A. Einleitung: Entwicklung der Cession im römischen Recht.
B. Hauptteil: Die sogenannte cessio legis.
I. Begriffsbestimmung der Cession für das gemeine Recht und das Bürgerliche Gesetzbuch als eine Singularsuccession in die Forderung im allgemeinen.
II. Arten der Cession — insbesondere die cessio legis. Rechtlicher Charakter derselben.
III. Voraussetzungen der cessio legis für das gemeine Recht und das Bürgerliche Gesetzbuch:
1. eine gesetzliche Bestimmung, die den Übergang der Forderung für jeden einzelnen Fall anordnet. Die Ansicht Savigny's und Puchta's, dass überall, wo eine Verpflichtung zur Cession bestehe, dieselbe als geschehen gelte, wird verworfen.
a. Für das gemeine Recht unterscheidet man vielfach 2 Gruppen:
α. Fälle der cessio legis, denen eine Verpflichtung zur Cession zuGrunde liegt — Anführung einiger Beispiele:
β. Besondere Fälle:
αα. Verträge zu Gunsten Dritter,
ββ. Die hypothekarische Succession und das ius offerendi.
Gruppe β. gehört nicht zur cessio legis.
b. Systematische Ordnung der Fälle von cessio legis im Bürgerlichen Gesetzbuche.
2. Uebertragbarkeit der Forderung.
IV. Wirkungen der erfolgten cessio legis:
1. Übergang des Forderungsrechtes im Augenblick des Vorhandenseins der Voraussetzungen.
a. Bedeutung der Denunziation im gemeinen Recht.
α. Sie hat nicht die Bedeutung, den neuen Gläubiger erst zum Gläubiger zu machen oder den früheren Gläubiger auszuschliessen.

β. Sie ist lediglich ein Sicherungsmittel für den neuen Gläubiger, da der Schuldner, damit er vor Nachteil geschützt sei, bis zu derselben den früheren Gläubiger als alleinigen Gläubiger behandeln kann.

b. An die Stelle der Denunziation tritt im Bürgerlichen Gesetzbuche die Kenntnis des Schuldners vom gesetzlichen Übergang.

c. Rechtsverhältnis zwischen dem neuen Gläubiger und dem Schuldner:

α. Bis zu welchem Augenblick kann der Schuldner noch den früheren Gläubiger als Gläubiger betrachten?

β. Von welchem Augenblick an kann der Schuldner sich an den neuen Gläubiger halten?

γ. Von welchem Augenblick an muss der Schuldner an den neuen Gläubiger leisten?

2. Übergang der Vorzugsrechte auf den neuen Gläubiger.
   a. Übergang der accessorischen Rechte,
   b. Übergang der Privilegien,
   c. Eigene Vorrechte des neuen Gläubigers.
3. Übergang der Mängel, d. h. dem Schuldner stehen gegen den neuen Gläubiger dieselben Einwendungen zu wie gegen den früheren Gläubiger.
   a. höchstpersönliche Einreden,
   b. bis zu welchem Augenblick müssen die Einwendungen entstanden sein?
   c. Besondere Behandlung der Aufrechnungseinrede,
   d. Einwendungen aus der Person des neuen Gläubigers.
4. Verpflichtungen des früheren Gläubigers gegen den neuen Gläubiger.
   a. Auskunftserteilung und Herausgabe der in seinem Besitze befindlichen Beweismittel,
   b. Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die Anerkennung der cessio legis.

C. Anwendbarkeit der Regeln über die cessio legis der Forderungsrechte auf den gesetzlichen Übergang absoluter Rechte.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552717_0014

Im altrömischen Zivilrecht war die Obligation ein festes Band zwischen Gläubiger und Schuldner. Ein Wechsel der Subjekte derselben, ein Uebergang derselben Forderung auf einen Dritten, der an die Stelle des bisherigen Gläubigers hätte treten können, war mit Ausnahme der erbrechtlichen Universalsuccession ausgeschlossen. Wollte ein Gläubiger seine Forderung auf einen Dritten übertragen, so bedurfte es hierzu jedesmal der Mitwirkung des Schuldners; die alte Obligation wurde aufgehoben, und der Schuldner versprach dem neuen Gläubiger dieselbe Leistung, die er bisher dem alten Gläubiger schuldete Die Römer fassten eben die Obligation als eine höchstpersönliche Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner auf, als ein iuris vinculum, als ein begrifflich unübertragbares Verhältnis, so dass sie mit der Aenderung eines der Subjekte die Obligation selbst als geändert betrachteten. Dem steigenden Verkehr war die zur Uebertragung jedesmal erforderliche Mitwirkung des Schuldners überaus lästig. Man half sich daher seit Einführung des Formularprozesses in folgender Weise. Denjenigen, dem man die Forderung übertragen wollte, machte man zum Prozessvertreter, zum procurator, man gab ihm ein mandatum, die Forderung im Namen des bisherigen Gläubigers einzuziehen, nötigenfalls durch Klage, und das vom Schuldner Empfangene für sich zu behalten, sog. mandatum in rem suam. Hierdurch war die Obligation selbst nicht verändert; denn der procurator in rem suam trat dem Schuldner gegenüber nur als Vertreter des bisherigen Gläubigers auf. Es war auch die jedesmalige Mitwirkung des Schuldners bei Uebertragung der Forderung unnötig geworden; aber die Lage des procurator war eine sehr missliche und unsichere Sein ganzes Recht beruhte auf dem Mandat des Gläubigers, auf das die gewöhnlichen Regeln über

Mandat Anwendung fanden. Es war jederzeit widerruflich, endete durch den Tod des Mandanten, ging nicht auf die Erben des Mandatars über. Kurz, Sicherheit, die Forderung zu erhalten, hatte der Prokurator erst nach der Litiskontestation infolge der in ihr liegenden Novation; durch sie wurde er dominus litis, und erhielt er die actio judicati auf seinen eigenen Namen. Um diese Unsicherheit zu beseitigen, gab man später dem procurator eine actio utilis, durch die er suo nomine, in eigenem Namen, nicht mehr als Bevollmächtigter des Gläubigers klagte, und zwar zunächst beim Erbschaftskauf seit Antoninus Pius (l. 16 pr. D. de pactis 2,14), später analog auch in anderen Fällen, so z. B. beim Forderungsverkauf, bei der Uebertragung einer Forderung zur Dosbestellung, endlich seit Justinian auch bei der Schenkung einer Forderung, bei der bis dahin immer noch ein mandatum agendi erforderlich gewesen war. Im Justinianeischen Recht erhielt nun der Dritte, den wir jetzt kurz als Zessionar bezeichnen wollen, diese actio utilis sowohl in den Fällen, in denen ihm das Mandat zwar früher erteilt, aber wieder erloschen war, als auch dann, wenn aus irgend welchen Gründen überhaupt kein Mandat seitens des Cedenten erteilt, aber ein Rechtsgeschäft abgeschlossen war, das den Cedenten zur Erteilung des Mandates verpflichtete, endlich sogar in gewissen Fällen, in denen jemand auf Grund gesetzlicher Vorschrift zur Abtretung einer Forderung an ihn verpflichtet war, in den Fällen der sog. cessio legis, worüber unten genauer zu sprechen ist.

Die Frage, ob durch diese actio utilis im Justinianeischen Recht nur die Klage des Cedenten, die Ausübung des fremden Forderungsrechtes auf den Cessionar übergegangen, oder ob der Cessionar wirklicher Rechtsnachfolger des Cedenten geworden sei, ist bestritten. Dieselbe Streitfrage kehrt für das gemeine Recht wieder.

Bevor wir diese Frage, die grundlegend für die späteren Darlegungen ist, erörtern können, haben wir den Begriff der Singularsuccession festzustellen. Nach der herrschenden

Meinung[1]) ist die Singularsuccession „ein rechtlicher Vorgang, wodurch ein einzelnes Rechtsverhältnis von der Person seines Trägers auf eine andere Person übergeht, eine rein subjektive Umwandlung desselben, wobei es objektiv als dasselbe bestehen bleibt.“ (Gürgens, a. a. O. S. 223). Wie eben bemerkt, behaupten manche[2]), dass schon im Justinianeischen Recht die Cession eine solche Singularsuccession gewesen sei. Man folgert dieses aus dem Charakter der actio utilis suo nomine, mit der der Cessionar kraft eigenen Gläubigerrechts klage. Dagegen ist zu sagen, dass der Cessionar im Justinianeischen Recht in der actio utilis zwar eine eigene actio hatte (siehe hierüber unten S. 19 ff.), aber durch diese nur das dem Cedenten zustehende ius ausübte, mit anderen Worten: der Cessionar ist im römischen Recht nicht Successor in das ius des Zedenten, wie etwa der Erbe successor in universum ius, quod defunctus habuit, formell, dem Namen nach bleibt vielmehr nach den Aussprüchen der Quellen immer noch der Cedent Gläubiger, dieser hat noch die actio directa gegen den Schuldner, und der Cessionar erscheint immer nur als Stellvertreter des Cedenten. Mag jedoch das Justinianeische Recht die Cession als Singularsuccession aufgefasst haben oder nicht, diese Frage interessiert hier nicht näher. Obschon jedenfalls die römische Trennung von ius und actio für das gemeine Recht nicht mehr möglich ist, vielmehr derjenige, der eine actio hat, in unserem Sinne auch ein Recht hat, behaupten viele Schriftsteller, dass auch im gemeinen Recht eine Singularsuccession durch die Cession nicht stattfinde, dass der Zessionar vielmehr auch heute nur ein fremdes Forderungsrecht ausübe. Man begründet diese Ansicht damit, dass die Obligation begrifflich unübertragbar

[1]) Puchta, Pand., 12. Aufl. § 47, S. 73. Gürgens, in Ihering's Jahrb. Bd. 8, Nr. 8, § 1, S. 223 ff. Windscheid, Actio, S. 148 ff. Windcheid, Pand., 7. Aufl., § 329, S. 227 ff. Ryck, S. 485. Dernburg, Pand., 5. Aufl., Bd. II, § 48, S. 135 ff.

[2]) Baron, Pand., S. 460. Attenhofer, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 17, S. 556.

sei. So sagt Vangerow:[1]) „Die Natur des Forderungsrechtes bringt es mit sich, dass dabei eine eigentliche Singularsuccession nicht stattfinden kann. Zwar kann allerdings ein neuer Gläubiger an die Stelle des alten treten, aber nur so, dass mit dem neuen Kreditor auch eine neue obligatio entsteht, und das frühere Forderungsrecht ganz zerstört wird."

Aehnlich heisst es bei Mühlenbruch[2]): „Das Charakteristische aller Forderungsrechte nun zeigt sich eben darin: sie existieren nur durch die wechselseitige Beziehung, worin bestimmte Personen zu einander stehen; fällt diese Beziehung weg, so hört auch das Recht selbst auf."

Ferner daselbst S. 21:

„Es lässt sich also der Grund, warum, genau genommen, die Veräusserung eines Forderungsrechts an andere nicht geschehen kann, aus der Natur des Objekts selbst ableiten: Denn hier muss ein jedes Aufgeben notwendig ein Verschwinden des ganzen Rechtsobjekts zur Folge haben, oder eine Forderung mit völliger Vernichtung seines Rechts an derselben veräussern, heisst im Grunde nichts anderes, als eine Sache zerstören, aber sie noch auf andere übertragen wollen."

Aehnlich äussern sich Puchta[3]), Kuntze[4]) und andere.

Die Unübertragbarkeit der Obligation im heutigen Recht folgt nach den Ausführungen dieser Schriftsteller aus ihrem Inhalt. Es sei für den Schuldner nicht gleichgültig, ob er 100 an A. oder 100 an B zu leisten habe, die Leistung an B. sei eine andere als die an A., daher sei die übertragene Obligation nicht die ursprüngliche zwischen Gläubiger und Schuldner mehr, diese sei vielmehr zerstört, sondern eine vollständig neue Obligation. Hiergegen hebt Gürgens (a. a. O. S. 229) mit Recht hervor, dass zwar ein Wechsel in der Person des Gläubigers auch objektive Aenderungen des

[1]) Pand. Bd. 3, 7. Aufl. § 574, Anm. 1, S. 100.

[2]) Cession, 3. Aufl. S 20, 21.

[3]) Puchta, Pand., § 280, S. 426.

[4]) Kuntze, die Obligation und die Singularsuccesion des römischen und heutigen Rechts, S. 53 ff.

Rechtsverhältnisses mit sich bringt, dass diese jedoch nicht so durchschlagend sind, dass es ihrethalben nicht weiter bestehen könnte. Das Wesentliche bei der Obligation sei, dass überhaupt ein Berechtigter vorhanden, nicht aber, dass eine bestimmte Person Träger der Berechtigung sei. Die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung von 100 an A. verwandle sich allerdings durch die Cession in die Verpflichtung zur Leistung von 100 an B., aber die Hauptsache sei, dass der Schuldner immer noch die Verpflichtung zur Leistung von 100 an einen Gläubiger habe, dass der Gegenstand der Leistung, ihr Umfang und ihre Modalität, ferner der Rechtsgrund und die Mängel unverändert bleiben. Demnach stehe der Inhalt der Obligation der Annahme einer Singularsuccession in dieselbe nicht entgegen. Die Ansicht, dass die Cession eine Singularsuccession in die Forderung begründet, ist auch die heute herrschende. So führt Windscheid in seinen Pandekten[1]) für dieselbe aus, dass durch unsere heutige Lebensauffassung und die darauf gegründete Rechtsübung das Resultat sich ergeben habe, dass die Obligation als solche übergehe. In gleichem Sinne lehrt Dernburg in seinen Pandekten[2]): „Ihre beste Stütze hat diese Ansicht aber darin, dass die Cession im gemeinen Recht sachlich die Gestalt einer Succession in die Forderung angenommen hat, und dass alle ihre einzelnen Rechtssätze auf diese Idee zurückleiten."

Auch das B. G. B. fasst die Cession, den modernen Rechtsanschauungen folgend, als eine Singularsuccession in die Forderung auf. Der erste Entwurf hatte als Ueberschrift des die Cession behandelnden Abschnitts, um diese Auffassung ausdrücklich hervorzuheben, die Worte „Sondernachfolge in die Forderung" gewählt, die im Gesetz durch die Ueberschrift „Uebertragung der Forderung" ersetzt sind. Der Gedanke der Singularsuccession tritt klar in § 398 hervor: „Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem Anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem

[1]) Windscheid, Bd. II, § 329, S. 231.
[2]) Bd. II, S. 136, Anm. 1.

Abschlusse des Vertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.“ Die Motive[1]) bemerken hierzu: „Wenn auch das Prinzip der Sondernachfolge in die Forderung dem römischen Rechte fremd war und in der Doktrin des heutigen gemeinen Rechts wieder Gegner gefunden hat, so ist andererseits von gewichtigen Autoritäten die volle Vereinbarkeit jenes Prinzips mit der Natur der Forderungen anerkannt, und diese Anerkennung durch das Verkehrsbedürfnis sowie die auch in der Praxis der Gerichte mehr und mehr zum Durchbruch gekommene Anschauung geboten. Hierbei folgt der Entwurf überdies der modernen Gesetzgebung, welche durchweg auf dem Boden der Sondernachfolge in Forderungen steht.“

Nach der Art der Uebertragung der Forderung unterscheidet man in der gemeinrechtlichen Doktrin:

I. die auf einem Vertrage des Cedenten mit dem Cessionar beruhende Cession;

II. die auf richterlicher Verfügung beruhende Zession. Sie findet namentlich statt bei der Zwangsvollstreckung in Forderungen und ist nach § 835 C.P.O. entweder Ueberweisung der Forderung an Zahlungsstatt oder nur zur Einziehung.

III. Die auf unmittelbarer Bestimmung des Gesetzes beruhende Cession, die sog. cessio legis, die den Gegenstand unserer weiteren Erörterungen bilden soll.

Untersuchen wir zunächst den juristischen Charakter der letzteren. Der Ausdruck cessio legis kommt in den Quellen überhaupt nicht vor. Das häufig vorkommende Wort cedere bedeutet im römischen Recht lediglich ein „Aufgeben eines Rechts, gleichviel ob zum Besten eines anderen oder nicht.“[2]) Heute dagegen versteht man unter Cession technisch das Aufgeben eines Rechts verbunden mit der Uebertragung desselben auf einen anderen. So definiert auch Donellus[3]):

[1]) Motive, Bd. II, S. 118.

[2]) Mühlenbruch, a. a. O., S. 220.

[3]) Donellus, comment iur. civ., liber XV., cap. 44, § 8, S. 451.

„cessionem actionis intelligi volo omnen rationem, qua voluntate creditoris in alium transfertur actio.“ Die Cession im eigentlichen Sinne setzt daher immer voraus:

1., einen Willen, das Recht aufzugeben,

2., eine Uebertragungshandlung, ein Abtreten des Gläubigers.

Dieser Wille und diese Handlung des Gläubigers fehlen bei der gesetzlichen Cession. An ihre Stelle tritt die Vorschrift des Gesetzes Da also bei der cessio legis die beiden Begriffsmerkmale der Cession fehlen, kann man bei ihr von eigentlicher Cession nicht reden. Es handelt sich bei ihr vielmehr um eine auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Singularsuccession in die Forderung. Da jedoch auf diese die Regeln der eigentlichen Cession im allgemeinen Anwendung finden, hat man in Wissenschaft und Praxis den Ausdruck cessio legis beibehalten, und um anzudeuten, dass es sich bei ihr nicht um eine wirkliche Cession handelt, vielfach das Wort „sogenannt“ hinzugesetzt. Der Vorschlag von Regelsberger[1]), an Stelle der Bezeichnung cessio legis den Ausdruck „gesetzlicher Forderungsübergang“ zu setzen, hat für das gemeine Recht keinen allgemeinen Beifall gefunden. So sagt Dernburg[2]): „In jenen Ausdrücken — nämlich cessio legis — liegt aber eine eingebürgerte und bequeme Formel, um anzuzeigen, dass die Grundsätze der eigentlichen Cession auf die Fälle des gesetzlichen Uebergangs der Forderungen analoge Anwendung finden. Sie wird sich daher nicht verdrängen lassen.“

Dagegen nähert sich das B.G.B. in seinem vierten Abschnitt des zweiten Buchs der Terminologie von Regelsberger.

Es hat wie schon oben bemerkt, die allgemeine Ueberschrift: Uebertragung der Forderung gewählt und unterscheidet:

1., Abtretung, d. h. Uebertragung einer Forderung auf einen anderen durch Vertrag mit dem Gläubiger (§ 398),

[1]) Arch. f. civ. Praxis, Bd. 63, S. 158.

[2]) Pand. Bd. II, S. 140.

2., Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes, die gemeinrechtliche cessio legis, auf welche die Vorschriften über die Abtretung mit einigen Ausnahmen für anwendbar erklärt werden.

3., Die richterliche Uebertragung, für welche der erste Entwurf § 294[3] noch die Vorschrift enthielt, dass sie mit der Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Drittschuldner erfolge, die aber jetzt aus dem B.G.B. ausgeschieden und vollständig in der C.P.O. § 828 ff. geordnet ist.

In der nun folgenden Darstellung der sog. cessio legis, ein Ausdruck, der beibehalten werden möge, sollen zunächst die Voraussetzungen, unter denen dieselbe im gemeinen Recht und B. G. B. eintritt, geprüft, und sodann die Wirkungen des Eintritts derselben, insbesondere die einzelnen auf sie Anwendung findenden Regeln dargestellt werden.

Bezüglich des Anwendungsgebietes der cessio legis stehen sich in der gemeinrechtlichen Wissenschaft zwei Ansichten scharf gegenüber. Vertreter der einen Ansicht sind hauptsächlich Savigny und Puchta. Sie behaupten, dass in allen Fällen, in denen jemand gegen einen anderen einen Anspruch auf Cession einer Forderung habe, die Cession mit der Entstehung dieses Anspruchs als geschehen angenommen, d. h. fingiert werde. Diese Ansicht hat schon Mühlenbruch[1]) verworfen, sodann sind ihr Windscheid[2]) und Bähr[3]), sowie die neueste Wissenschaft und Praxis entgegengetreten mit der Behauptung, dass eine cessio legis nur in ganz bestimmten Fällen in den Quellen vorkomme, dass aber nicht in jedem Falle, in dem jemand einen Anspruch auf Cession habe, diese als geschehen angenommen werde. Die klarste Formulierung hat der ersteren Ansicht Puchta[4]) gegeben. Er sagt:

„Aber auch ohne Mandat kann die Cession geschehen (sog. cessio legis), es wird ersetzt durch den Anspruch auf

[1]) a. a. O., S 470.
[2]) Actio, S. 194 ff.
[3]) in Ihering's Jahrb., Bd. I, S. 399 ff.
[4]) Pand., § 281, S. 428.

Cession, mit welchem, sowie seiner Geltendmachung nichts mehr entgegensteht, die Verpflichtung zur Cession also als eine gegenwärtig wirksame vorhanden ist, die Cession als geschehen angenommen, und dem Cessionar die Klage als utilis actio gestattet wird, mit anderen Worten: Der Cessionar kann sich für seine Klage gegen den Schuldner nicht bloss durch ein wirkliches Mandat des Cedenten, sondern auch durch dessen Verpflichtung zu sofortiger Cession ad causam legitimieren."

In ähnlicher Weise äussern sich Savigny[1]), Unterholzner[2]), Arndts[3]) und andere. Auch in der Praxis hat die Lehre Savigny's und Puchta's lange Zeit Anwendung gefunden. So entschied das O. A. G. zu Kassel in einem Falle, in dem ein Pächter einer Wirtschaft durch Eingriffe eines Dritten in seinem Erwerbe geschädigt wurde, der Pächter sei befugt, mit den dem Verpächter wegen dieser Eingriffe zustehenden Klagen gegen den Dritten vorzugehen, da der Verpächter dem Pächter die ungehinderte Ausübung seines Rechts zu prästieren habe und zur Cession der ihm zustehenden Klagen an den Pächter verpflichtet sei. Da der Pächter mithin einen Anspruch auf die Cession der Klagen habe, könne er kraft gesetzlicher Cession dieselben anstellen[4]). Die praktische Anwendung dieser Lehre führt z. B auch zu dem Resultat, dass, wenn ein Mandatar für seinen Mandanten im eigenen Namen eine Forderung gekauft hat, der Mandant gegen den Drittschuldner unmittelbar vorgehen und von ihm die Forderung einziehen kann, da ja der Mandatar zur Cession an den Mandanten verpflichtet ist, also die Cession als erfolgt gilt[5]). Nach der Ansicht von Windscheid und Bähr kann der Mandant dagegen in diesem Falle nur mit der

[1]) Obligationenrecht, Bd. I, S. 243.

[2]) Lehre von den Schuldverhältnissen, Bd. I, § 277.

[3]) Pand., 14 Aufl., § 255.

[4]) Seuffert's Archiv, Bd. III, Nr. 259: Erkenntnis des O. A. G. zu Cassel vom 9. Sept. 1837.

[5]) siehe Seuffert's Archiv, Bd. X, Nr. 159, Erkenntnis des O. A. G. zu Darmstadt vom 1. September 1855.

actio mandati directa gegen den Mandatar auf Cession klagen. Windscheid[1]) nennt den von Puchta und Savigny aufgestellten Satz „einen ganz exorbitanten Satz“ und weist darauf hin, dass, wenn dieser Satz hier gelte, er auch auf anderen Gebieten gelten müsse, und auch die rei vindicatio demjenigen zustehen müsse, der eine Obligation auf die Übertragung des Eigentums einer Sache habe. Auch in der Praxis ist man seit Windscheid und Bähr von jener Ausdehnung der cessio legis, die dazu dient, im Forderungsverkehr jede Sicherheit über die Person des Gläubigers zu zerstören, zurückgekommen. Namentlich verwirft das Reichsgericht[2]) jene Lehre.

Findet etwa die Ansicht Puchta's und Savigny's in den Quellen eine Stütze? Diese besagen deutlich das Gegenteil. Um das nachzuweisen, müssen wir auf die oben mehrfach erwähnte actio utilis zurückgreifen, die dem Cessionar in der Kaiserzeit gegeben wurde. Eine Cession, so behaupten Savigny und Puchta, sei auch in der späteren Periode immer nur möglich gewesen kraft eines Mandates des Cedenten; demnach beruhe auch die actio utilis auf einem solchen Mandate. Aus eigenem Recht habe der Cessionar auch in der späteren Periode überhaupt keine Klage, die actio utilis sei also keine Klage des Cessionars suo nomine, sondern alieno nomine, nämlich des Cedenten, sie sei eine actio mandata. In den Quellen gebe es nun aber eine Anzahl von Stellen, in welchen der Cessionar die actio utilis habe, ohne dass ihm ein mandatum agendi vom Cedenten erteilt sei. Dies seien Fälle, in denen der Cedent verpflichtet gewesen sei zur Erteilung des Mandates, die Verpflichtung aber aus irgend welchen Gründen nicht habe erfüllen können oder wollen. In diesen Fällen werde nun fingiert, dass der Cedent dem Cessionar das mandatum agendi erteilt habe, und auf diese Fiktion hin erhalte der Cessionar die actio utilis. Diese Fälle seien Anwendungsfälle des allgemeinen Princips, dass überall da, wo eine Verpflichtung zur Erteilung des Mandates

[1]) Actio, S. 195.

[2]) Entsch. des R. G., Bd. I, S. 314.

bestehe, die Erteilung desselben fingiert werde. Mithin sei der Satz aufzustellen, dass eine cessio legis überall stattfinde, wo eine Verpflichtung zur Cession bestehe.

Hiergegen ist zu sagen:

1. Die actio utilis des Cessionars ist eine selbständige Klage desselben, eine actio suo nomine, von einer Fiktion eines Mandates ist bei ihr keine Rede, actio utilis und actio mandata werden vielmehr einander gegenübergestellt. So heisst es in l. 55, D. de procurat. 3, 3:

Procuratore in rem suam dato praeferendus non est dominus procuratori in litem movendam vel pecuniam suscipiendam: qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.

„Dominus" als Cedent hat hier dem „procurator" als Cessionar eine Forderung cediert und ihm ein mandatum agendi in rem suam erteilt. Als der procurator die Forderung aussergerichtlich einzieht oder gerichtlich einklagt, tritt der dominus auf, um die Forderung für sich einzuziehen, d. h. er widerruft in der energischesten Weise als nur möglich ist, das früher erteilte Mandat. Trotzdem, sagt der Jurist, dringt der procurator durch, der erfolgte Widerruf des Mandates schadet ihm nicht, denn er hat eine actio utilis, mit der er „suo nomine" klagt. Die actio utilis wird hier also als eine eigene Klage des Cessionars bezeichnet und in direkten Gegensatz zur actio mandata gebracht, die durch den Widerruf des Mandates erloschen ist, während die actio utilis durch den Widerruf nicht berührt wird. Von einer Fiktion der Erteilung des ausdrücklich widerrufenen Mandates kann doch hier unmöglich die Rede sein.

Das gleiche Resultat erhält man aus der Betrachtung der l. 1 C. de obligationibus et actionibus 4, 10:

Data certae pecuniae quantitate ei, cuius meministi in vicem debiti actiones tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatas, et antequam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit. In dieser Stelle hat jemand einem anderen, dem creditor, ein Darlehn

gegeben; der creditor cediert dafür dem Darlehnsgeber eine Forderung gegen seinen Schuldner, debitor, und erteilt ihm das mandatum agendi. Bevor der Darlehnsgläubiger nun gegen den debitor gerichtlich vorgegangen ist, stirbt der creditor. Das Mandat ist also erloschen; Erben, die es nochmals erteilen könnten, sind nicht vorhanden. Der Darlehnsgläubiger hat trotzdem die actio utilis. Hier kann man doch auch nicht sagen, dass das erloschene Mandat als wiederholt erteilt fingiert werde.

Denselben Beweis liefern noch l. 5 C. quando fiscus vel privatus 4, 15 und l. 5 C. de her. vel act. vend. 4, 39.

2. Die Fälle, in denen in den Quellen die actio utilis dem Cessionar ohne wirklich erfolgte Cession lediglich auf Grund der Verpflichtung zur Cession erteilt wird, also die Fälle der cessio legis, sind nicht Anwendungsfälle des Prinzips, dass immer mit dem Eintritt einer Verpflichtung zur Cession die Cession als erfolgt gilt, sondern Ausnahmen von der allgemeinen Regel, dass in Fällen der Erzwingbarkeit der Cession dieselbe erst durch den Verpflichteten, eventuell auf Klage des Berechtigten durch Richterspruch zu erfolgen hat. Das ergiebt sich aus einer ganzen Reihe von Quellenstellen, z. B. aus l. 49 § 2 D. de acqu. vel am. poss. 41, 2:

Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur.

Hier hat der dominus durch einen procurator eine Sache kaufen lassen, der procurator hat ihm die Sache übergeben, nach der Übergabe wird sie dem dominus evinciert. Die Klage, die dem procurator, der ja aus dem Kontrakt dem Verkäufer gegenüber allein berechtigt und verpflichtet ist, gegen diesen wegen der Eviktion zusteht, also die actio emti, kann der dominus, trotzdem der procurator zur Cession derselben an ihn verpflichtet ist, nicht etwa gegen den Willen des procurator unmittelbar kraft cessio legis gegen den Verkäufer anstrengen, sondern er muss erst gegen den procurator mit der actio mandati auf Cession der actio emti klagen,

und der procurator wird dann durch den Richter zur Cession gezwungen. Die Cession gilt also nicht auf Grund der Verpflichtung zur Vornahme derselben als erfolgt.

Ferner l. 68 D. de procur. 3, 3: Quod procurator ex re domini mandato non refragante stipulatur, invito procuratore dominus petere non potest.

Ebenso in l. 1 § 11 D. dep. vel contra 16, 3. Der Fall in dieser Stelle ist folgender: A hat in eigenem Namen eine Sache des B auf Grund eines Mandates desselben bei C deponiert. Der Jurist entscheidet: A hat gegen C die actio depositi, B gegen A die actio mandati, nicht etwa kraft gesetzlicher Cession auch die actio depositi des A gegen C.

Dasselbe Resultat erhält man aus der Betrachtung von § 4, J. de fideiussoribus 3, 20 und l. 36 D. de fideiussoribus 46, 1.

Wir glauben in den vorstehenden Ausführungen den Beweis für den an die Spitze gestellten Satz geliefert zu haben, dass, um es negativ auszudrücken, im gemeinen Rechte nicht in allen Fällen cessio legis stattfindet, in denen eine Verpflichtung zur Cession besteht In welchen Fällen positiv auf Grund ausdrücklicher Quellenentscheidungen eine cessio legis eintritt, soll später gezeigt werden.

Wie verhält sich nun das BGB zu der eben behandelten Frage? Es folgt, wie die modernen Kodifikationen im allgemeinen, der jetzt herrschenden Lehre des gemeinen Rechts, dass eine cessio legis nur in den ausdrücklich vom Gesetz bestimmten Fällen eintritt. Auch der noch vom A. L. R. I, 16, § 46 angenommene Satz, dass, wer die Schuld eines Dritten bezahlt, ohne Cession in die Rechte des bezahlten Gläubigers eintrete, ist verworfen. Die Motive[1]) bemerken hierzu: „Der Entwurf hat den in der Theorie des römischen Rechts von manchen noch verfochtenen Satz, dass überall, wo eine gesetzliche Verpflichtung des Gläubigers zur Abtretung bestehe, die Abtretung als geschehen fingiert werde, nicht aufgenommen. Nur in den vom Gesetz bestimmten

[1]) Motive Bd. II, S. 120.

Fällen findet cessio legis mit der Wirkung statt, dass der Forderungsübergang mit dem Vorhandensein der für den betreffenden Fall aufgestellten Voraussetzungen unmittelbar eintritt.“ So bestimmt z. B. § 255 B. G. B., dass derjenige, der für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Schadensersatz zu leisten hat, zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet ist, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen. Die Abtretung der Ansprüche des Ersatzberechtigten erfolgt hier durch dessen Erklärung oder, falls er sich weigert, durch Urteil des Richters, nicht aber kraft cessio legis mit dem Eintritt der Verpflichtung zur Abtretung, also der Ersatzleistung[1]).

Wir haben jetzt zu untersuchen, in welchen Fällen im gemeinen Recht auf Grund positiver Quellenaussprüche cessio legis stattfindet. Eine Aufzählung der Fälle würde hier nicht am Platze sein; eine solche findet sich bei Mühlenbruch[2]) und bei Schmid[3]). Mühlenbruch trennt die einzelnen Fälle in zwei Gruppen; die erste Gruppe, bei der ein Zwang zur Cession zu Grunde liegt, und auf die sämtliche Regeln der eigentlichen Cession Anwendung finden, und zweitens besondere Fälle, bei denen ein Zwang zur Cession nicht zu Grunde liegt, und die gewissen abweichenden Regeln unterliegen sollen.

Die Fälle der ersten Gruppe beruhen meist auf dem Gedanken der aequitas: die cessio legis findet bei ihnen deshalb statt, weil sonst vielleicht durch das ius strictum zu Unrecht ein Schaden entstehen könnte. Es seien hier einige Beispiele angeführt.

In l. 1 § 13 D. de tut. et rat. distr. 27, 3 heisst es: Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu nec ei mandatae sunt actiones constitutum est a divo Pio et ab imperatore nostro et divo

[1]) Anders noch in diesem Falle der erste Entwurf § 223.
[2]) a. a. O., S. 463 ff.
[3]) Bd. I, S. 194 ff. a. a. O.

patre eius, utilem actionem tutori adversus contutorem dandam. Hier hat einer von zwei Mitvormündern wegen der Geschäftsführung des anderen Vormundes oder wegen einer gemeinschaftlichen Handlung zahlen müssen. Es steht ihm kraft cessio legis die Klage des Mündels gegen den Mitvormund zu.

Ferner l. 2 D. Quando ex facto 26, 9: Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit vel praedia in nomen suum emerit, utilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam.

Ein Vormund hat aus dem Vermögen seines Mündels ein Darlehn ausgeliehen und sich die Rückzahlung versprechen lassen, oder Grundstücke mit Mündelgeld auf seinen eigenen Namen gekauft. Hier soll dem Mündel durch cessio legis die Darlehnsklage des Vormunds gegen den Darlehnsschuldner und dessen Klage gegen den Grundstücksverkäufer zustehen. Sodann hat nach l. 8 § 16 D. de inoff. test. 5,2 der siegende Erbschaftskläger kraft cessio legis die Klage des Erbschaftsbesitzers auf Wiedererlangung der von letzterem auf Grund des rescindierten Testamentes ausgezahlten Vermächtnisse. Weitere Fälle finden sich in l. 57 D. de leg. I, l. 3 und l. 5 D. de cond. ind. 12,6. Diese wenigen Beispiele mögen für die erste Gruppe genügen.

Zu der zweiten Kategorie der Fälle der cessio legis gehören nach Mühlenbruch zunächst die Verträge zu Gunsten Dritter. Mühlenbruch behauptet nämlich, bei diesen sei das Klagrecht des Dritten, sofern ihm überhaupt ein solches zustehe, das kraft gesetzlicher Cession übergegangene Recht des Stipulanten. Hiergegen ist zu sagen, wie Dernburg[1]) und Windscheid[2]) mit der für das gemeine Recht wohl jetzt herrschenden Meinung annehmen, dass das Klagerecht des Dritten zwar in dem Vertrage wurzelt, von dessen Bestand abhängt, aber trotzdem ein selbständiges Forderungsrecht ist, nicht die übergegangene Forderung des Versprechensempfängers. Letz-

[1]) Paud., Bd. II, S. 55.
[2]) Paud., Bd. II, § 316a, S. 195ff.

terer hat vielmehr regelmässig neben dem Dritten ein Klagerecht auf Leistung an diesen, woraus schon hervorgeht, dass das Recht des Dritten unmöglich das kraft cessio legis übergegangene Recht des Versprechensempfängers sein kann; wenn das der Fall wäre, müsste letzterer doch überhaupt kein Klagerecht mehr haben. Die Selbständigkeit des Rechts des Dritten zeigt sich ferner namentlich darin, dass Einwendungen gegen ihn nur aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage statthaft sind, nicht aber sonstige Einwendungen aus der Person des Versprechensempfängers, nicht z. B. eine Kompensationseinrede wegen einer Forderung gegen diesen.

Auch das B. G. B. fasst das Recht des Dritten, der modernen Entwicklung folgend, als einen durchaus selbständigen Anspruch auf. Das spricht § 328 aus:

„Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern."

Einwendungen stehen daher auch nach B. G. B. dem Versprechenden gegen den Dritten nur aus dem Vertrage selbst zu (§ 334). Demnach sind die Verträge zu Gunsten Dritter sowohl für das gemeine Recht als für das B. G. B. aus dem Anwendungsgebiet der cessio legis auszuscheiden.

Sodann zählt Mühlenbruch zu der zweiten Gruppe noch die Fälle der hypothekarischen Succession und das ius offerendi des nachstehenden Pfandgläubigers, also die Fälle, in denen

a., ein Dritter zur Abfindung eines auf einer Sache lastenden Pfandrechts Geld vorschiesst und sich dafür ein Pfandrecht an der Sache bestellen lässt;

b., den Fall, in dem die Forderung des Pfandgläubigers noviert wird, und er für die novierte Forderung das Pfandrecht der früheren Forderung erhält;

c., den Fall, in dem ein Käufer der Sache einen vorstehenden Pfandgläubiger abfindet; und endlich

d., den Fall, in dem ein nachstehender Pfandgläubiger einen vorstehenden befriedigt.

In diesen Fällen soll nach Mühlenbruch auf den Abfindenden, den Käufer und den nachstehenden Pfandgläubiger kraft cessio legis Forderung und Pfandrecht des abgefundenen oder vorstehenden Pfandgläubigers, und im Fall der Novation auf den Gläubiger der novierten Forderung das Pfandrecht der früheren Forderung übergehen. Diese Auffassung ist für das römische und gemeine Recht, wie namentlich Dernburg [1]) nachgewiesen hat, nicht zutreffend. Denn mit der Befriedigung des vorstehenden Pfandgläubigers ist dessen Forderung und Pfandrecht erloschen, von einem gesetzlichen Übergang beider kann keine Rede mehr sein. Auch ein selbständiger Übergang des Pfandrechts allein nach Erlöschen der alten Forderung und eine Verbindung dieses Pfandrechts mit der neuen Forderung des Berechtigten ist bei dem streng accessorischen Charakter des Pfandrechts nicht anzunehmen. Gegen eine solche Annahme sprechen auch die Quellen. So sagt z. B. für den Fall der Novation l. 11 § 1 D. de pign. act. 13,7: Novata autem debiti obligatio pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur. Aus dieser Stelle geht deutlich hervor, dass bei der Novation der Obligation das Pfandrecht untergeht; soll es materiell erhalten bleiben, so muss es von neuem bestellt werden. Also, eine cessio legis der Forderung mit dem Pfandrecht oder des Pfandrechts allein findet nicht statt. Das Wesen aller dieser Fälle besteht vielmehr darin, dass der Berechtigte mit einer neuen Forderung in den Rang des früheren Pfandrechts, das ihm neu bestellt wird, eintritt. Zu dem gleichen Resultat kommt Carsten: [2]) „Das ius offerendi ist also nach keiner Seite auf eine Übertragung, weder der Forderung noch des Pfandrechts des abgefundenen Creditors, zurückzuführen. Beide sind untergegangen, nur gestattet das Recht dem abfindenden Gläubiger eine Erhaltung der Priorität im Betrage der Abfindungssumme, indem es das sonst rechtlich notwendige Nachrücken der nächsten Creditoren hier ausschliesst.“

Als Resultat ergiebt sich demnach, dass die Fälle der von Mühlenbruch aufgestellten zweiten Gruppe nicht zur cessio

[1]) Pfandrecht, Bd. II, S. 490.
[2]) Fingierte Cession, S. 126.

legis zu zählen sind. Dass dagegen im B. G. B., besonders beim Grundstückspfandrecht, die Fälle der hypothekarischen Succession und das ius offerendi zum Anwendungsgebiet der cessio legis gehören, ist dadurch möglich geworden, dass das B. G. B. den streng accessorischen Charakter des römischen Pfandrechts aufgegeben hat. (siehe unten S. 28ff.).

Die Fälle, in denen das B. G. B die cessio legis kennt, beruhen teils darauf, dass bei ihnen eine auf die Cession bezügliche Willenserklärung als reine Formalität erschiene, teils auch, abgesehen hiervon, wie im gemeinen Recht auf Billigkeitsrücksichten, um sonst leicht mögliche Härten zu vermeiden.

Eine lästige Formalität wäre die Abtretung, wenn man fordern wollte, dass es bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft unter Ehegatten, wo mit dem Eintritt eines dieser Güterrechtssysteme das gesamte Vermögen, resp. die Errungenschaft oder die Fahrnis, gemeinschaftliches Vermögen, „Gesamtgut", beider Ehegatten werden, für die einzelnen Gegenstände einer besonderen rechtsgeschäftlichen Übertragung bedürfe. Darum bestimmen §§ 1438, 1519, 1549, dass die einzelnen zum Gesamtgute gehörigen Vermögensrechte durch gesetzliche Übertragung gemeinschaftlich werden.

Aus Billigkeitsgründen ordnet das B. G. B. die cessio legis namentlich mit Rücksicht auf einen eventuellen Konkurs desjenigen an, der sonst zur Cession verpflichtet sein würde. Als Beispiel möge die Forderung des zahlenden Bürgen dienen. Nehmen wir an, der Bürge habe den Gläubiger wegen seiner Forderung gegen den Hauptschuldner befriedigt. Diese Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen erfolgt nach der Unterstellung des Gesetzes[1]) nicht solvendi causa, so dass die Forderung des Gläubigers erloschen wäre, sondern in der Absicht, die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner gleichsam als Käufer zu erwerben, so dass diese Forderung trotz der Befriedigung des Gläubigers bestehen

[1]) Siehe Motive, Bd. II, S. 674.

bleibt. Würde nun die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner nicht durch cessio legis auf den Bürgen übergehen, und der Gläubiger, bevor die Forderung durch eine Erklärung oder Verurteilung desselben zur Abtretung auf den Bürgen übertragen wäre, in Konkurs verfallen, so wäre der Bürge wie jeder andere Käufer einer Forderung auf eine Geltendmachung seines Anspruchs auf Cession im Konkurse des Gläubigers angewiesen. Infolge der cessio legis scheidet aber in dem Augenblicke, wo der Bürge zahlt, die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner aus dem Vermögen des Gläubigers aus und geht ipso iure auf den Bürgen über, wodurch ein derartig unbilliges Resultat vermieden wird.

In dieser zweiten Gruppe nun, in der die cessio legis vorzugsweise aus Billigkeitsrücksichten in das Gesetz aufgenommen ist, lassen sich wieder zwei Unterabteilungen sondern:

I. Zu der ersten Unterabteilung gehören die Fälle, in denen mehrere für dieselbe Verbindlichkeit haften, einer dieselbe erfüllt und dafür den Anspruch des befriedigten Gläubigers gegen seine Mitschuldner durch cessio legis erhält.

1., Für den Fall solidarischer Haftung mehrerer bestimmt § 426, dass, soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Ausgleichung verlangen kann, die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn übergeht. Der Übergang kann aber nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden. Wenn also z. B. dem Gläubiger für die Forderung gegen die Gesamtschuldner eine Sache verpfändet war, die ihm zugleich noch für eine zweite Forderung Sicherheit bieten sollte, so steht das auf den zahlenden Gesamtschuldner mit der Forderung gegen die übrigen Gesamtschuldner übergegangene Pfandrecht dem Pfandrecht des Gläubigers für die zweite Forderung nach. Eine Bestimmung ähnlichen Inhalts findet sich bei allen übrigen noch aufzuführenden Fällen der cessio legis, sodass hier zugleich für die nachstehenden Fälle darauf hingewiesen sei.

2., Die Fälle accessorischer Haftung für eine Verbindlichkeit. Hierher gehört

a., der schon oben erörterte Fall beim zahlenden Bürgen. § 774.

b., § 1143. Auf einem Grundstück lastet eine Hypothek für die Schuld eines Dritten. Der Eigentümer des Grundstücks, mit der actio hypothecaria belangt, befriedigt den Gläubiger Durch cessio legis geht die Hypothek und die Forderung des Gläubigers gegen den persönlichen Schuldner auf ihn über. Es entsteht also eine Eigentümerhypothek. Hier ist der Grundsatz durchbrochen, der oben für das römische und gemeine Recht aufzustellen war, dass mit der Befriedigung des Gläubigers Forderung und Pfandrecht erlöschen, daher von einem Übergange keine Rede mehr sein könne. Als Grund des Überganges der Forderung führen die Motive [1]) an, es beabsichtige der Eigentümer, welcher die Leistung bewirke, regelmässig hierdurch nicht sowohl die Schuld zu tilgen, als vielmehr das Gläubigerrecht zu erwerben, er stehe also ähnlich wie ein Bürge. Praktische Rücksichten, insbesondere die Notwendigkeit, das unberechtigte Vorrücken der Nachhypothekare zu vermeiden, führten dazu, auf den Eigentümer auch die Hypothek an seinem eigenen Grundstück übergehen zu lassen.

Den Fall, dass eine Gesamthypothek besteht, regelt § 1173.

c, § 1225 giebt für das Pfandrecht an beweglichen Sachen, falls der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner ist und den Pfandgläubiger befriedigt. dem § 1143 analoge Vorschriften.

d., § 1164 bestimmt, dass, falls der persönliche Schuldner den Gläubiger befriedigt, die Hypothek insoweit auf ihn übergeht, als er kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses von dem Eigentümer Ersatz verlangen kann. Für

[1]) Bd. III, S. 727.

den Fall der Gesamthypothek giebt § 1174 die nötigen Vorschriften.[1])

3., Die Fälle subsidiärer Haftung für eine Verbindlichkeit:

a., § 1607. Falls ein näherer Verwandter von einer Unterhaltspflicht wegen des ihm zustehenden beneficium competentiae befreit, oder die Rechtsverfolgung gegen ihn im Inlande unmöglich oder erheblich erschwert ist, und der nach ihm haftende Verwandte den Unterhalt gewähren muss, so geht auf diesen der Anspruch des Unterhaltsberechtigten gegen den näheren Verwandten kraft cessio legis über.

b., § 1709. Wenn eine uneheliche Mutter oder ein unterhaltspflichtiger mütterlicher Verwandter dem unehelichen Kinde Unterhalt gewährt, so geht der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den unehelichen Vater durch gesetzliche Cession auf die Mutter oder den mütterlichen Verwandten über.

II. Zur zweiten Unterabteilung der zweiten Gruppe gehört das erweiterte ius offerendi des römischen Rechts in § 268 mit den speziellen Anwendungsfällen der §§ 1150 und 1249. In § 268 wird für den Fall, dass ein Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand betreibt, jedem, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande oder auch nur den Besitz desselben zu verlieren, die Befugnis gegeben, den Gläubiger zu befriedigen, mit der Wirkung, dass, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn übergeht. § 1150 bestimmt für die Hypothek und § 1249 für das Pfandrecht an beweglichen Sachen, dass, falls der Gläubiger Befriedigung aus dem

[1]) Man könnte gegen die Unterordnung dieses Paragraphen unter die Fälle der accessorischen Haftung für eine Verbindlichkeit Einwendung erheben, da hier ja der persönliche Schuldner, also der primär Verpflichtete, zahle. Aber die Thatsache, dass der persönliche Schuldner gegen den Eigentümer einen Regressanspruch wegen der Zahlung kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses hat, zeigt, dass er, soweit dieser Anspruch geht, wenigstens in seinem internen Verhältnis zum Eigentümer des Grundstücks nicht der primär Verpflichtete ist. Hierdurch möge die Unterordnung gerechtfertigt erscheinen.

verpfändeten Objekt verlangt, die Vorschriften des § 268 entsprechende Anwendung finden, also Forderung und Hypothek, resp. Pfandrecht, auf den den Gläubiger Befriedigenden übergehen.

Auch in anderen Reichsgesetzen finden sich Fälle der cessio legis, so z. B. in § 411 H. G. B., wo für das Speditionsgeschäft bestimmt wird, dass, soweit der Vormann vom Nachmann wegen seiner Forderung befriedigt wird, dessen Forderung und Pfandrecht auf den Nachmann übergeht, ferner in § 441 H. G. B, wo für das Frachtgeschäft dieselbe Bestimmung gegeben ist, endlich z. B. noch im Krankenversicherungsgesetz in mehreren Fällen (§§ 57, 65, 72).

Die erste Voraussetzung der cessio legis ist also, wie bisher ausgeführt, sowohl für das gemeine Recht wie für das B. G. B. eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung Aber auch bei Vorhandensein einer solchen sind gewisse Forderungen entweder

I. überhaupt oder

II. mit Bezug auf gewisse Personen ihrer Beschaffenheit wegen sowohl von einer rechtsgeschäftlichen oder richterlichen Übertragung wie auch von einem gesetzlichen Übergang ausgeschlossen.

Der ersteren Cessionsbeschränkung, die man absolut zu nennen pflegt, unterliegen im gemeinen Recht Forderungen, deren Erfüllung in der Person eines anderen Gläubigers nicht möglich ist, besonders solche, die nicht eigentlich als Vermögensrechte erscheinen, sondern einen Anspruch auf persönliche Genugthuung enthalten, die actiones vindictam spirantes, zu denen z. B. die Injurienklage, die querela inofficiosi testamenti gehören. (l. 28 D. de iniur. 47,10; l. 8 pr. D. de inoff. test. 5,2). Auch das B G. B. schliesst aus diesem Gesichtspunkt die Übertragbarkeit gewisser Ansprüche aus. So ist nach § 847 der Anspruch auf eine Entschädigung wegen Körperverletzung, Freiheitsentziehung und der Anspruch einer Frauensperson, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen gegen die Sittlichkeit begangen, oder die durch Drohung, Hinterlist oder unter Missbrauch eines Abhängigkeitsverhält-

nisses zur Gestattung der ausserehelichen Beiwohnung bestimmt ist, erst übertragbar, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Das Gleiche bestimmt § 1300 für den Entschädigungsanspruch einer unbescholtenen Verlobten, die ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet hat, falls die Verlobung durch Schuld des Verlobten oder Rücktritt desselben ohne wichtigen Grund aufgelöst wird.

Ferner sind Forderungen, die an die Person eines bestimmten Gläubigers geknüpft sind, bei denen die Leistung an einen anderen Gläubiger nicht ohne wesentliche Veränderung des Inhalts derselben geschehen kann, nicht übertragbar. Die gleiche Bestimmung hat das B. G. B. sowohl für die vertragliche als gesetzliche Übertragung (§§ 399, 412): „Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann.“ Hierhin gehört der Anspruch auf Leistung von Diensten (l 9 § 1 D. de op. lib. 38,1), für den noch in § 613 B. G. B. besonders hervorgehoben ist, dass er im Zweifel nicht übertragbar sei. Man denke z. B. hier an den Fall, dass ein Hauslehrer A sich verpflichtet habe, dem X zu einer bestimmten Zeit Unterricht zu erteilen, und B, ebenfalls Hauslehrer, sich für diese Verpflichtung verbürgt habe. A leistet nicht, und B erteilt den Unterricht. Hier kann doch unmöglich nach der Regel aus § 774 der Anspruch des Gläubigers, also der Anspruch des X gegen A auf Erteilung des Unterrichts, auf den B übergehen. — Wegen der persönlichen Beziehung der Verpflichtung des Schuldners auf den bestimmten Gläubiger sind ferner unübertragbar Ansprüche aus einem pactum de mutuo dando, das Recht des Auftraggebers gegen den Beauftragten auf Ausführung des Auftrags, das Recht auf Bestellung einer Personalservitut, der Anspruch auf unmittelbare Alimentation u. a. m. Dagegen ist z. B. der Anspruch auf eine einzelne Alimentenforderung übertragbar.

Ob ein pactum de non cedendo die Übertragung einer Forderung mit dinglicher Wirksamkeit hindere, war im gemeinen Recht bestritten. Direkte Quellenzeugnisse hierüber

fehlen. Mit der herrschenden Meinung im gemeinen Recht[1]) spricht sich B. G. B. für die Bejahung der Frage aus und bestimmt in § 399, dass Forderungen nicht übertragen werden können, wenn die Übertragung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Der erste Entwurf § 295[2] enthielt noch die entgegengesetzte Bestimmung. Man fürchtete, dass, weil die Unübertragbarkeit einer Forderung nach § 851[1] C. P. O. auch die Unpfändbarkeit derselben zur Folge hat, die Zwangsvollstreckung in die Forderung infolge einer solchen Bestimmung durch das Belieben des Schuldners verhindert werden könnte. Diese Konsequenz ist durch § 851[2] C. P. O. beseitigt, wo bestimmt ist, dass eine nach § 399 B. G. B. nicht übertragbare Forderung insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden kann, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist.

Nach § 400 B. G. B. sind von der Übertragung Forderungen ausgeschlossen, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen sind, also namentlich die in §§ 850—852 C. P. O. bezeichneten. Für das gemeine Recht stand insbesondere das Reichsgericht auf dem entgegengesetzten Standpunkte. Eine grosse Anzahl von Forderungen aus den Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetzen sind ebenfalls von einer Übertragung ausgeschlossen.

Ob Accessorien einer Hauptforderung, namentlich Pfandrechte und Rechte gegen Bürgen, ohne die Hauptforderung, zu deren Sicherung sie dienen, übertragen werden können, ist sowohl für das gemeine Recht als das B. G. B. bestritten. Eine ausdrückliche Entscheidung fehlt ebenso in den römischen Quellen wie im B. G. B. Die Motive[2]) zum B. G. B. bemerken zwar, dass Nebenforderungen selbständig gerichtlich geltend gemacht werden, demnach auch prinzipiell ohne die Hauptforderung übertragen werden könnten, und deshalb ausdrückliche Bestimmungen über die Übertragbarkeit nicht geboten schienen. Aber sowohl das gemeine Recht wie das

[1]) Windscheid, Pand., Bd. II, § 335, S. 248. Dernburg, Paud., Bd. II, § 50, S. 141.

[2]) Bd. II, S. 121.

B. G. B. schliesst für das Pfandrecht, resp. B. G. B. auch für die Hypothek (§§ 1153, 1250), die Übertragung des Pfandrechts, resp. der Hypothek, ohne die Forderung aus. Nach gemeinem Recht und B. G. B. gehen ferner bei der Übertragung einer Forderung die accessorischen Rechte mit der Forderung ipso iure auf den neuen Gläubiger über (siehe unten S. 50). Aus diesen Bestimmungen wird man vielleicht doch mit Oertmann (zu § 399) den allgemeinen Schluss ziehen können, dass accessorische Rechte im gemeinen Recht und B. G. B. so eng am Hauptrecht hängen, dass sie nicht von demselben getrennt und daher nicht selbständig übertragen werden können.[1])

Das gemeine Recht hatte ausserdem noch einige relative Beschränkungen der Übertragbarkeit. So sollten nach l. 5 C. de litigiosis 8,36 litigiöse Ansprüche nicht übertragen werden können. Die Vorschrift war schon durch § 236 der alten (§ 265 der neuen) C. P. O. beseitigt. Die Übertragung ist heute auf den Prozess ohne Einfluss. Ferner war die cessio ad potentiorem, sodann nach dem Reichsabschied von 1551 § 79 und der Reichspolizei-Ordnung von 1577 Tit. 20, § 4 die Übertragung einer Forderung eines Juden gegen einen Christen auf einen anderen Christen verboten. Sämtliche Bestimmungen sind für das gemeine Recht fast unpraktisch geworden. Endlich war die Übertragung von Forderungen gegen die Mündel an die Vormünder nach Novelle 72 cap. 5 untersagt.

Ist nun in dem Augenblick, wo die dargestellten Voraussetzungen der cessio legis vorhanden sind, also eine gesetzliche Vorschrift, die den Übergang der Forderung bestimmt, und das Nichtvorhandensein eines Cessionsverbots, die Succession in die Forderung vollendet, so dass der neue Gläubiger überhaupt Gläubiger geworden und alleiniger Gläubiger geworden ist, oder bedarf es, um diese Wirkung herbeizuführen, noch eines weiteren Aktes, einer Anzeige seitens des neuen Gläubigers an den Schuldner, der sog. Denunziation?

[1]) Ebenso Mühlenbruch, a. a. O. § 28, S. 331ff., Dernburg, Pand., Bd. II, S. 141, Oertmann, Komm. zu § 399.

Diese Frage ist für das gemeine Recht äusserst bestritten. Man kann drei Gruppen von Ansichten sondern:

1., Nach einer Ansicht ist der frühere Gläubiger nach geschehener Cession noch der alleinige Gläubiger des Schuldners, der neue Gläubiger hat gegen den Schuldner überhaupt noch kein Recht. Ein solches erwirbt er erst durch einen förmlichen Akt, die Denunziation, die „Besitzergreifung der Forderung". Vor dieser Besitzergreifung habe der neue Gläubiger nur ein Recht gegen den früheren Gläubiger, der Wille des letzteren sei ihm gebunden, und das Haben dieses gebundenen Willens reiche auch für die Vererbung aus. Was die traditio oder quasitraditio bei der Servitutenbestellung, sei die denuntiatio beim Forderungserwerb, sie sei das Mittel, diese Rechtsgeschäfte mit der nötigen „Körperhaftigkeit" zu bekleiden; sie erst schliesse das Recht des früheren Gläubigers definitiv aus. Diese Auffassung vertritt Windscheid.[1]) Sie ist zu verwerfen. Denn abgesehen davon, dass bei Forderungen doch nicht von Besitzergreifung die Rede sein kann, da an ihnen Besitz eben unmöglich ist, widerspricht die Annahme, dass der Gläubiger vor der Denunziation überhaupt kein Klagerecht gegen den Schuldner habe, klaren, unten angeführten Quellenaussprüchen, z. B. der l. 17 D. de transact. 2,15 und der l. 18 pr. D. de pign. act. 13,7, die dem neuen Gläubiger vor erfolgter Denunziation eine actio utilis gewähren. Windscheid selbst hält seine Auffassung in den Pandekten[2]) nicht mehr aufrecht.

2., Eine zweite Ansicht nimmt an, mit dem Eintritt der Cession selbst werde der Cessionar zwar Gläubiger des Schuldners, aber durch denselben habe der frühere Gläubiger noch nicht aufgehört, Gläubiger zu sein, es seien mithin zwei Gläubiger vorhanden, es liege ein aktives Correalitätsverhältnis vor, das erst mit der Denunziation oder gleichge-

[1]) Actio, S. 140ff.
[2]) Bd. II, S. 237, Anm. 8.

stellten Akten ende. Diese Ansicht ist vertreten von Windscheid[1]), Mühlenbruch[2]), Puchta[3]) und Attenhofer[4]).

3., Demgegenüber behauptet eine dritte Meinung, unmittelbar mit dem Eintritt der Cession werde der Cessionar der alleinige Gläubiger, die Denunziation habe nur die Aufgabe, den Uebergang der Forderung zu sichern und den Schuldner zu schützen. Diese Ansicht, die m. E. die richtige ist, ist namentlich von Bähr[5]), Schmid[6]), Dernburg[7]), Ryck[8]) und dem Reichsgericht aufgestellt.

Betrachten wir die beiden letzteren Ansichten etwas näher. Für das alte mandatum agendi ist, wie schon in der Einleitung bemerkt wurde, zweifellos richtig, dass der procurator einen selbständigen Anspruch gegen den Schuldner erst mit der Litiskontestation erwarb. Diese Rechtslage des procurator änderte sich aber, als er die actio utilis suo nomine erhielt. In ihr hatte er, wie schon oben ausgeführt, eine eigene Klage gegen den Schuldner. Der frühere Gläubiger hörte, sobald sie dem procurator erteilt war, auf, Gläubiger zu sein. Das geht z. B. hervor aus l. 16 pr. D. de pactis, 2,14: Si cum emptore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet; nam ex quo rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest. Es ist ein Erbschaftskauf abgeschlossen worden, auf Grund dessen auf den Käufer sämtliche Vermögensrechte der Erbschaft übertragen sind. Als der Verkäufer gegen einen Erbschaftsschuldner klagt, macht letzterer mittels exceptio doli geltend, dass der

---

[1]) Windscheid, Pand., Bd. II, S. 237, Anm. 8.

[2]) Mühlenbruch, a. a. O., S. 491, 501.

[3]) Puchta in Weiske's Rechtslexikon, S. 654.

[4]) Attenhofer, Denunziation, Bd. XVII, Heft 4, S. 572 ff. in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.

[5]) Bähr, a. a. O., S. 369 ff.

[6]) Schmid, Bd. II, S. 296 ff.

[7]) Dernburg, Pand., S. 136, Bd. II.

[8]) Ryck, a. a. O., S. 487.

Verkäufer nicht mehr zur Klage berechtigt sei, da er die Erbschaft verkauft habe, und darum nicht mehr Gläubiger sei. Der Verkäufer wird, ohne dass eine Denunziation stattgefunden hat, abgewiesen. Die Gegner unserer Meinung behaupten, es liege eine Singularität des Erbschaftskaufes vor, die nicht auszudehnen sei. Einen Beweis für das Vorhandensein einer Singularität haben sie aber nicht erbracht. Einen ähnlichen Inhalt wie diese Stelle hat l. 17 D. de transact. 2,15, die dieselbe Entscheidung auch für den Universalfideikommissar giebt. Ferner heisst es in l. 18 pr. D. de pign. act. 13,7: Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Der Jurist behandelt hier den Fall der Verpfändung einer Forderung, in der die Römer eine Cession sahen[1]). Der Pfandgläubiger soll gegen den Drittschuldner lediglich auf Grund der Verpfändung und der in ihr liegenden Cession klagen können, ohne dass eine denunciatio erwähnt ist, und der Drittschuldner soll geschützt werden, wenn der Verpfänder gegen ihn nach Abschluss des Verpfändungsvertrages noch vorgeht. Das setzt doch voraus, dass der Verpfänder nach Abschluss des Vertrages eben kein Gläubigerrecht mehr hat.

Nichts gegen die hier vertretene Meinung beweist die l. 3 C. mandati 4,35: Si pater tuus tibi sui iuris constituto actionem adversus debitores suos mandavit, potuit ipse praesens adversus eos re integra experiri. Si quid itaque ab eo apud iudicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.

Diese Stelle steht noch vollständig auf dem Standpunkt der actio mandata. Ein Vater hat seinem selbständigen Sohne Forderungen gegen seine Schuldner zediert. Der Vater soll re integra, d. h. vor der Litiskontestation des Sohnes mit den Schuldnern, noch gegen die Schuldner vorgehen können. Das ist für die actio mandata unbestritten. Von

[1]) Dernburg, Pand., Bd. I, § 293, S. 718.

diesem Standpunkt ist die Stelle mit unserer Auffassung sehr wohl vereinbar.

Ferner kann man gegen unsere Ansicht nicht anführen die l. 4 C. quae res pig. 8,16: Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse, pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere compelletur. Es ist jemandem eine Forderung verpfändet worden. Der Pfandgläubiger, der, wie oben bemerkt, die Stellung eines Cessionars hat, kann gegen den Schuldner gerichtlich vorgehen, wenn dieser nicht schon, ehe er eine Benachrichtigung vom Cessionar bekommen hat, dem früheren Gläubiger und Verpfänder gezahlt hat. Hier handelt es sich nur um den Schutz des Schuldners, falls er in Unkenntnis der Cession an den früheren Gläubiger zahlt, worauf noch unten zurückzukommen sein wird, nicht aber um das noch vorhandene Recht des Verpfänders und früheren Gläubigers.

Die bisher angeführten Stellen beweisen also für oder jedenfalls nicht gegen unsere Ansicht. Die einzige Stelle, die wirklich gegen unsere Auffassung in Betracht kommt, ist die l. 3 C. de nov. 8,41: Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.

Bähr meint, diese Stelle stehe noch auf dem Standpunkte der alten actio mandata, was aus den Worten „antequam lis contestetur“ hervorgehe. Die Worte, vel aliquid ex debito accipiat vel denuntiaverit, passten nicht zu der Litiskontestation, sie seien interpoliert, und durch die Unachtsamkeit der Compilatoren sei die ganze Stelle in die Kodifikation geraten. Aber auch, wenn wir die Stelle nicht wie Bähr eliminieren wollen, was doch immerhin bedenklich ist, zwingt

uns der Wortlaut nicht, unsere Ansicht aufzugeben. Die Worte, ‚non vetaris' sagen nicht notwendig, der frühere Gläubiger hat noch das Recht zu fordern, sondern er hat nur die faktische Möglichkeit zu fordern, solange nicht der neue Gläubiger Klage erhoben, Teilzahlungen empfangen oder denuntiiert hat, und der Schuldner hat bis dahin die Befugnis, mit befreiender Wirkung an den früheren Gläubiger zu leisten. Mit dieser Interpretation folgen wir Schäffer[1]), ferner Dernburg[2]) und Baron[3]) und anderen hervorragenden Schriftstellern und vermeiden dadurch unbillige und praktisch bedenkliche Resultate. Ein vollständig reines und alle befriedigendes Resultat wird sich, wie Windscheid selbst sagt, bei dem Zustande der Quellen über diesen Punkt nie erreichen lassen.

Welchen Standpunkt nimmt nun das B.G.B. ein? Darauf ist zu antworten, dass es die hier für das gemeine Recht vertretene Ansicht streng durchgeführt hat. Bei vertraglicher Uebertragung geht mit dem Abschluss des Vertrages, bei gesetzlichem Uebergang mit dem Vorhandensein der für den betreffenden Fall aufgestellten Voraussetzungen das Forderungsrecht unmittelbar auf den neuen Gläubiger über, mit der Wirkung, dass mit diesem Augenblicke der bisherige Gläubiger aufhört, Gläubiger zu sein. Die Motive[4]) bemerken ausdrücklich, dass es keiner Anzeige an den Schuldner bedürfe, „um den Uebergang der Forderung auf den neuen Gläubiger zu bewirken oder um das Gläubigerrecht des bisherigen Gläubigers aufhören zu machen."

Aus diesem für das gemeine Recht aufgestellten und vom B.G.B. acceptierten Prinzip ergeben sich wichtige Konsequenzen. Da in dem Augenblick der Uebertragung die Forderung aus dem Vermögen des bisherigen Gläubigers aus-

[1]) Schäffer im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, I. Bd., 3. Heft, S. 153 ff. Nr. XXIII: Welchem von mehreren Cessionaren gebührt, im Falle die Forderung jedem von ihnen zu verschiedener Zeit abgetreten worden ist, der Vorzug?

[2]) Dernburg, Pand., Bd. II, S. 137.

[3]) Baron, Pand., S. 463.

[4]) Motive, Bd. II, S. 118.

geschieden ist, fällt sie auch vor erfolgter Denunziation nicht mehr in die Konkursmasse desselben, und die Gläubiger des früheren Gläubigers können sie nicht mehr für sich pfänden vielmehr kann der neue Gläubiger intervenieren und die Forderung für sich beanspruchen.

Eine ganz andere Frage als die bisher behandelte, „in welchem Moment hört der frühere Gläubiger auf, Glaubiger zu sein, und ist der Cessionar alleiniger Gläubiger?," ist die schon in den vorhergehenden Ausführungen gestreifte Frage: Bis zu welchem Augenblicke darf der Schuldner noch den früheren Gläubiger als wirklichen Gläubiger betrachten, und von welchem Augenblicke an kann er dies nicht mehr? Der frühere Gläubiger hat, wie wir gesehen, sein Gläubigerrecht mit dem Eintritt der Voraussetzungen der cessio legis verloren, zu einem Prozess gegen den Schuldner ist er von diesem Moment ab nicht mehr legitimiert, und der Schuldner kann ihm den Einwand der mangelnden legitimatio ad causam activa entgegensetzen. Aber schlechterdings kann der Schuldner nicht schon in dem Augenblicke des vollendeten gesetzlichen Ueberganges der Forderung, ehe er überhaupt etwas von demselben weiss, das Recht verloren haben, an den früheren Gläubiger mit befreiender Wirkung zu zahlen oder sonst mit diesem zu verhandeln. Er wäre sonst zu leicht der Gefahr ausgesetzt, zweimal zahlen zu müssen. Um ihn vor dieser Gefahr zu bewahren, muss also ein Zeitraum eintreten, in dem der Schuldner berechtigt ist, den früheren Gläubiger, trotzdem dessen Gläubigerschaft erloschen und auf den Cessionar übergegangen ist, noch als Gläubiger zu behandeln. Der frühere Gläubiger darf zwar nicht mehr über die Forderung verfügen, aber thut er es, so ist dem Schuldner gegenüber gültig gehandelt worden. Der geschädigte Cessionar kann gegen den früheren Gläubiger wegen seines eventuellen Schadens vorgehen, die rechtswidrig vorgenommene Handlung des letzteren ist aber im Verhältnis zwischen Cessionar und Schuldner bindend. Wann nun diese Berechtigung des Schuldners, den früheren Gläubiger als Gläubiger zu behandeln, endet, darüber streitet man im gemeinen Recht.

Bähr[1]) will dieses Recht des Schuldners ausgeschlossen wissen durch die sichere Kenntnis desselben von dem Uebergange der Forderung, „durch eine jede Kunde, welche in der fortdauernden Annahme des Cedenten als Gläubiger einen dolus des Schuldners wider den Cessionar erkennen lässt.“ Ihm folgt Regelsberger[2]). Dagegen halten eine Denunziation für erforderlich Mühlenbruch[3]), Windscheid[4]), Dernburg[5]) u. a. Die Quellenaussprüche ergeben deutlich, dass eine blosse Kenntnis von der Cession den Schuldner noch nicht verpflichtet, nicht mehr mit dem früheren Gläubiger zu verhandeln, sie erfordern vielmehr eine Denunziation[6]).

Genügt nun statt einer Anzeige des neuen Gläubigers auch die des früheren, dass die Forderung kraft Gesetzes übergegangen sei? Diese Frage ist wieder sehr bestritten. Die Quellen erwähnen eine Denunziation des früheren Gläubigers nicht. Jedoch wird man sagen müssen, dass in einer derartigen Anzeige des früheren Gläubigers eine Entäusserung desselben liegt, die dem Schuldner die Befugnis nimmt, ihn noch als Gläubiger anzusehen. Für den Schuldner ist ferner eine solche Anzeige des früheren Gläubigers weit zuverlässiger als etwa die eines ihm unbekannten Cessionars, dessen Mitteilung leicht auf Unwahrheit beruhen kann, und der sich durch die Vorspiegelung des Übergangs einen Vermögensvorteil verschaffen will.

Die Frage, ob der Schuldner sich auf einen Erlassvertrag bezgl. der Forderung berufen könne, den er mit dem früheren Gläubiger vor erfolgter Denunziation, aber nach erfolgtem Übergang abgeschlossen habe, beantwortet Bähr verneinend, indem er, gestützt auf Analogien, den Satz verteidigt: causa lucrativa pro dolo est. Diese Ansicht wird

---

[1]) Bähr, a. a. O., S. 417.

[2]) Regelsberger in Endemann's Handbuch des Handelsrechts. Bd. II, S. 528.

[3]) Mühlenbruch, S. 492 a. a. O.

[4]) Windscheid, Pand., § 331, S. 235, Bd. II.

[5]) Dernburg, Pand., Bd. II, S. 137.

[6]) So die citierten l. 3 pr. C. de nov. 8,41, l. 4 C. quae res pign. 8,16.

man verwerfen müssen; denn sie verwischt das Prinzip des gemeinen Rechts, dass eben der Schuldner bis zur Denunziation jedwede Rechtshandlung gültig mit dem früheren Gläubiger vornehmen kann. Der Cessionar muss sich in einem solchen Falle eben an den früheren Gläubiger halten.

Der Denunziation im gemeinen Recht gleichgestellt sind gemäss l. 3 C. de nov. 8, 41 die Litiskontestation, also heute die Klageerhebung gegen den Schuldner, in der ja die Denunziation ohne weiteres liegt, ferner Empfang einer Teilzahlung (aliquid ex debito accipiat), und nach der Ansicht der meisten Schriftsteller (Dernburg[1]), Bähr[2]) u. a.) auch Anerkennung des neuen Gläubigers durch den Schuldner, d. h. „jede Thatsache, durch welche der Schuldner dem Cessionar zu erkennen giebt, dass er ihn bereits als seinen Gläubiger betrachte“ (Bähr), da man in einem solchen Falle eine weitere Anzeige des Cessionars nicht wohl fordern kann.

Wie steht es nun, wenn dem Erblasser denunziiert ist, und der Erbe in Unwissenheit der geschehenen Denunziation an den früheren Gläubiger zahlt? Bähr meint, eine solche Zahlung verdiene nicht minder Schutz als die des gutgläubigen Schuldners selbst an den früheren Gläubiger, durch sie werde der Erbe befreit; der Cessionar hätte die Denunziation an den Erben wiederholen müssen. Doch dieser Standpunkt würde m E. jede Sicherheit im Verkehr mit Forderungen vernichten. Man kann dem neuen Gläubiger doch nicht zumuten, dass er sich über die Familienverhältnisse seines Schuldners informiere. Unserer Ansicht nach muss der Erbe die dem Erblasser gegenüber geschehene Denunziation gegen sich gelten lassen, wie er ja die Handlungen seines Erblassers und alle diesem gegenüber erfolgten Rechtsakte zu vertreten hat.

Eine Denunziation, die geschieht, bevor die Cession perfekt ist, ist auch für den Fall, dass später die Übertragung

[1]) Dernburg, Pand., Bd. II, S. 137.

[2]) Bähr, a. a. O., S. 420.

der Forderung erfolgt, ungültig, da sie immer eine vollendete Cession voraussetzt[1]).

Sehr bestritten ist der Fall der Doppelcession, dass also eine Forderung durch cessio legis von A auf C^1 übergegangen und dann von A an C^2 abgetreten wird, ohne dass vorher eine Denunziation des C^1 stattgefunden hat. Windscheid[2]) erklärt auf Grund des dort vertretenen Standpunktes, dass auch nach der Cession bis zur Denunziation der frühere Gläubiger der alleinige Gläubiger sei, es seien durch die doppelte Cession beide Cessionare berechtigt geworden, aber die beiden Übertragungsakte seien noch imperfekt, zur Perfektion bedürfe es der Ergreifung in Gestalt der Denunziation, wer dieselbe zuerst vornehme, erwerbe das Recht. Für das bessere Recht des ersten Denunzianten erklärt sich ferner Musset[3]). Dagegen erklären Mühlenbruch[4]), Vangerow[5]), Schäffer[6]), Bähr[7]), Windscheid[8]), Dernburg[9]) das Recht des ersten Cessionars für das vorgehende. Diese Entscheidung ist auch von dem hier vertretenen Standpunkt aus allein folgerichtig. Denn da der frühere Gläubiger nach erfolgtem Übergang der Forderung überhaupt kein Recht mehr hat, gilt hier der Satz: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet, dem C^2 wird also nichts übertragen. Leistet aber der Schuldner vor der Denunziation des ersten Cessionars und nach erfolgter Denunziation des zweiten an den letzteren, so kann er den Einwand der Zahlung dem ersten Cessionar ebensowohl entgegensetzen, wie wenn er dem ursprünglichen

[1]) Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart in Seuffert's Archiv. Bd. 32, Nr. 315, S. 408 ff.

[2]) Actio, S. 190.

[3]) Musset, Beitr. zu der Lehre über Rechtsgrund und Wesen der Denuntiation des Cessionars an den Schuldner, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess N. F. Bd. XII, Nr. 12, S. 363 ff.

[4]) Mühlenbruch, a. a. O., S. 502.

[5]) Vangerow, Pand., § 575, Anm. 4. S. 121, Bd. III.

[6]) Schäffer. Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. I, Nr. 18.

[7]) Bähr, a. a. O., S. 435.

[8]) Windscheid, S. 238. Pand. Bd. II.

[9]) Dernburg, S. 138, Pand. Bd. II.

Gläubiger vor der Denunziation geleistet hätte. Aber der erste Cessionar wird sich an den zweiten Cessionar halten können. Was dieser infolge der Cession eingenommen hat, muss er dem ersten herausgeben, und zwar entweder mit der condictio sine causa, da er Vermögen des ersten Cessionars auf dessen Kosten ohne rechtlichen Grund erlangt hat[1]) oder, wenn der zweite Cessionar mala fide war, auch mit der actio negotiorum gestorum directa (ein Fall der sog. unechten negotiorum gestio, weil der Handelnde ein objektiv fremdes Geschäft für sich, nicht für den Geschäftsherrn in Angriff genommen hat.)

Das B. G. B. hat den im gemeinen Recht schon von Bähr vertretenen Standpunkt angenommen, dass der neue Gläubiger eine Leistung, die der Schuldner nach dem gesetzlichen Übergang an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach dem gesetzlichen Übergang zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen muss, wenn nicht der Schuldner den gesetzlichen Übergang bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts gekannt hat (§ 407, § 412 B. G. B.). Das Kennenmüssen steht dem Kennen nicht gleich. Woher der Schuldner die Kenntnis des gesetzlichen Übergangs erlangt hat, ob etwa durch die Parteien oder durch dritte Personen, ist gleichgültig. Wenn er Kenntnis hat, was ihm im Streitfall bewiesen werden muss, tritt negativ die Wirkung ein, dass er den bisherigen Gläubiger nicht mehr als Gläubiger betrachten darf. Unter die „Rechtsgeschäfte", die der Schuldner mit dem bisherigen Gläubiger vornehmen kann, fallen nicht nur Verträge, sondern auch einseitige Rechtsgeschäfte wie Mahnung, Kündigung des bisherigen Gläubigers oder des Schuldners, auch die Inverzugsetzung der Annahme des bisherigen Gläubigers durch den Schuldner[2]), ebenso ein Stundungsvertrag oder ein Erlassvertrag. Jedoch ist im Falle

[1]) Dernburg, Pand., Bd. II, S. 138.

[2]) s. Motive, Bd. II, S. 133. Planck zu § 407 Nr. 1. Oertmann zu § 407 Nr. 1.

einer unentgeltlichen Verfügung des früheren Gläubigers nach dem gesetzlichen Übergang der Schuldner zur Herausgabe des durch die Verfügung erlangten rechtlichen Vorteils verpflichtet, da nach § 816, falls ein Nichtberechtigter, hier der frühere Gläubiger, über einen Gegenstand, worunter nach der Terminologie des B. G. B. jedes Rechtsobjekt, also auch eine Forderung fällt[1]), eine Verfügung trifft, die dem Berechtigten, hier dem neuen Gläubiger, gegenüber wirksam ist, derjenige, der auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat, also der Schuldner, dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet ist. Durch diese Bestimmung ist die Ansicht Bähr's: causa lucrativa pro dolo est vom B. G. B. in ihren praktischen Konsequenzen angenommen.

Die Kenntnis seines Erblassers wirkt aus den oben für das gemeine Recht bezüglich der Denunziation angeführten Gründen auch nach B. G. B. gegen den Erben.

Auch ein rechtskräftiges Urteil, das zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in einem Rechtsstreit ergeht, der erst nach erfolgter cessio legis anhängig geworden ist, muss der neue Gläubiger auf Verlangen des Schuldners gegen sich gelten lassen, wenn nicht der Schuldner den gesetzlichen Übergang beim Eintritt der Rechtshängigkeit gekannt hat (§§ 407,[1], 412). Diese Bestimmung ergänzt § 325 C. P. O., nach welchem das rechtskräftige Urteil gegen den neuen Gläubiger nur wirksam sein würde, wenn der Rechtsstreit vor erfolgtem gesetzlichen Übergang anhängig geworden wäre. Diese Bestimmung gilt sowohl für ein Urteil, das auf Klage gegen den Schuldner als auch für ein solches, das auf eine Klage des Schuldners, z. B. auf Feststellung des Nichtbestehens der Forderung, ergeht, auch für ein Versäumnisurteil und den nach § 700 C. P. O. diesem gleichgestellten Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren. An eine Prozesshandlung des bisherigen Gläubigers ist dagegen der neue Gläubiger nicht gebunden, da gegen ihn eben nur

[1]) Dernburg, Sachenrecht des B. G. B. S. 2.

ein rechtskräftiges Urteil wirkt. Der Schuldner kann natürlich, wenn er nach der Rechtshängigkeit von der Übertragung der Forderung Kenntnis erlangt, es ablehnen, mit dem bisherigen Gläubiger den Prozess zu Ende zu führen und diesem den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation entgegensetzen. (siehe Planck § 407, Nr. 2).

Der oben für das gemeine Recht erörterte Fall, dass eine kraft Gesetzes übergegangene Forderung von dem bisherigen Gläubiger an einen Dritten abgetreten wird, ist auch nach B. G. B. aus den oben angeführten Gründen dahin zu beantworten, dass der zweite Cessionar die Forderung nicht erwerben kann. Aber der erste Cessionar muss nach § 408 eine Leistung des Schuldners, sowie jedes Rechtsgeschäft, das zwischen dem Schuldner und dem zweiten Cessionar in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, wenn nicht der Schuldner die kraft Gesetzes erfolgte Übertragung kannte. Unter der gleichen Voraussetzung ist das in einem Prozesse zwischen dem Schuldner und dem zweiten Cessionar ergehende rechtskräftige Urteil gegen den ersten Cessionar wirksam. Die Ansprüche des ersten Cessionars gegen den zweiten bestimmen sich, falls der zweite Cessionar von der ersten Cession wusste, nach den Regeln der uneigentlichen negotiorum gestio (§ $687_{,2}$), oder auch, falls der zweite Cessionar vorsätzlich oder fahrlässig handelte, nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§ 823ff.), und endlich ist der zweite Cessionar dem ersten jedenfalls nach § 816 zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet, nach dessen Vorschriften auch hier, falls es sich um eine unentgeltliche Verfügung des zweiten Cessionars handelt, der Schuldner den durch dieselbe erlangten Vorteil herausgeben muss. (siehe oben S. 44).

Die eben erörterten Regeln der §§ 407, 408 finden bei der cessio legis einer durch eine Hypothek gesicherten Forderung zwar in Ansehung der persönlichen Verbindlichkeit zwischen Gläubiger und persönlichem Schuldner Anwendung, sind aber nach § 1156 für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger in An-

sehung der Hypothek ausgeschlossen. Dieser Ausschluss ist erfolgt mit Rücksicht auf den Erwerber der Hypothek, welcher bezüglich der zur Zeit seines Erwerbes gegen den bisherigen Gläubiger vorhandenen Einwendungen durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zwar geschützt, bezüglich der durch §§ 407/408 begründeten Einwendungen, die ja nach seinem Erwerbe gegen den bisherigen Gläubiger entstanden sein würden, aber nicht geschützt wäre, eine Consequenz, die widersinnig und mit dem Grundbuchsystem nicht im Einklang wäre. Eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung des Eigentümers muss der neue Gläubiger aber gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass die gesetzliche Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist. Die Vorschriften der §§ 407/408 finden jedoch auch bezüglich der Hypothek wieder Anwendung, soweit es sich um Zinsen und andere Nebenleistungen handelt, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt, oder in dem folgenden Vierteljahr fällig werden (§ 1158), und ihre Anwendung ist überhaupt nicht ausgeschlossen bei Sicherungshypotheken, was sich aus deren streng accessorischem Charakter erklärt (§ 1185).

Von der Kenntnis des gesetzlichen Übergangs an kann also der Schuldner nicht mehr an den bisherigen Gläubiger leisten. Aber damit ist nicht gesagt, dass er nach jeder Kenntnis schon an den neuen Gläubiger leisten könne. Es kann z. B. vorkommen, dass der Schuldner nur von der Thatsache der Übertragung der Forderung weiss, dagegen die Person des neuen Gläubigers ihm unbekannt ist. In einem solchen Falle kann der Schuldner sich nur durch Hinterlegung oder eventuell Selbsthülfeverkauf (§§ 372, 383) befreien.

In welchem Augenblicke kann nun der Schuldner den neuen Gläubiger als wirklichen Gläubiger ansehen? In dem Moment, in dem der frühere Gläubiger ihm anzeigt, dass er die kraft Gesetzes erfolgte Übertragung der Forderung auf den neuen Gläubiger anerkenne, und zwar selbst dann,

wenn die gesetzliche Übertragung nicht erfolgt oder nicht wirksam ist. Sogar die Kenntnis des Schuldners, dass die Übertragung nicht erfolgt oder nichtig oder anfechtbar ist, lässt die Gültigkeit der Rechtsakte, die er mit dem in der Anzeige bezeichneten neuen Gläubiger vorgenommen hat, vollkommen unberührt. Durch die Anzeige ist der frühere Gläubiger eben an seine Erklärung gebunden, der Schuldner soll unbedingt nach derselben handeln können. Der Schuldner hat nur zu prüfen, ob die Anzeige selbst gültig ist.

Dieselbe ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, an keine Form gebunden, weshalb sie auch mündlich erfolgen kann. Ist die Anzeige nichtig, so hat sie nicht die oben bezeichneten Wirkungen, der Schuldner hat bezüglich der auf Grund einer nichtigen Anzeige vorgenommenen Rechtsakte keinen Schutz aus § 409; ist die Anzeige anfechtbar, und erfolgt die Anfechtung, so hat der Schuldner nur dann keinen Schutz aus § 409, wenn er die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste (§ 142). d. h. infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (§ 122), da er in diesem Fall so behandelt wird, als ob er die Nichtigkeit gekannt hätte. Die Anzeige ist nicht einseitig durch den früheren Gläubiger, sondern nur mit Zustimmung des in derselben bezeichneten neuen Gläubigers widerruflich, woraus hervorgeht, dass sie auch zu Gunsten des neuen Gläubigers wirkt. Die Zurücknahme der Anzeige ist ebenfalls ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das die der Anzeige innewohnenden Wirkungen für die Zukunft beseitigt.

Der Anzeige ist gleichgestellt, wenn der bisherige Gläubiger eine Urkunde über die Anerkennung der gesetzlich erfolgten Übertragung dem in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger ausgestellt hat, und dieser sie dem Schuldner vorlegt (§§ 409, 412). Mit der Vorlegung der Urkunde durch den in derselben bezeichneten neuen Gläubiger erwirbt der Schuldner demnach das Recht, diesen als alleinigen Gläubiger zu betrachten, und zwar genügt einmalige Vorlegung auch für die Zukunft[1]). Für die Urkunde gilt das über die

[1]) Planck zu § 409, Nr. 3.

Anzeige Gesagte; der Schuldner hat also nur deren Gültigkeit zu prüfen.

Anzeige und Urkunde haben aber die bezeichneten Wirkungen nur, wenn sie von dem wirklichen Gläubiger herrühren. Zeigt also z. B. der bisherige Gläubiger A dem Schuldner an, dass er die Forderung an C^2 abgetreten habe, während sie schon vor der Anzeige kraft cessio legis auf C^1 übergegangen war, so hat der Schuldner bezüglich der auf Grund der Anzeige des A mit C^2 vorgenommenen Rechtsakte aus § 409 keinen Schutz, da A zur Zeit der Anzeige nicht mehr Gläubiger war. Es steht ihm jedoch der Schutz des § 407 zu, wenn er bei Empfang der Anzeige resp. Urkunde keine Kenntnis von der vorher erfolgten cessio legis an C^1 hatte, da die Anzeige ein Rechtsgeschäft zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger im Sinne des § 407 ist, das der neue Gläubiger C^1 gegen sich gelten lassen muss. Erhält der Schuldner aber nach Empfang der Anzeige des A Kenntnis von der cessio legis an C^1, so darf er mit C^2 auf Grund seiner Unkenntnis zur Zeit des Empfanges der Anzeige sich nicht weiter einlassen, da ja die Bedingung des Schutzes aus § 407, nämlich die Unkenntnis, bei Vornahme der folgenden Rechtshandlungen eben wegfällt[1]).

In welchem Zeitpunkt ist endlich der Schuldner verpflichtet, an den neuen Gläubiger zu leisten?

1., Auf Grund einer schriftlichen Anzeige des bisherigen Gläubigers (§§ 410^2, 412).

2., Gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger ausgestellten Urkunde über die Anerkennung des kraft Gesetzes erfolgten Überganges der Forderung. Hat der Schuldner auf Grund einer schriftlichen Anzeige oder einer

[1]) So Motive Bd. II, S. 136; Oertmann § 409, Nr. 5. Anders freilich Planck, § 409, Nr. 5. nach dessen Ansicht es nur darauf ankommen soll, dass der Schuldner bei Empfang der Anzeige in Unkenntnis gewesen sei, in welchem Falle die auf Grund der Anzeige vorgenommenen Rechtshandlungen wegen einer nach Empfang der Anzeige erlangten Kenntnis von der früheren Cession nicht in Frage gestellt werden könnten, die Anzeige vielmehr bis zur Zurücknahme ihre Wirkung behalten müsse.

ihm ausgehändigten Urkunde an den neuen Gläubiger geleistet, und hat dieser ihm über die Leistung eine Quittung ausgestellt, so kann er dem bisherigen Gläubiger gegenüber auf Grund des § 409 beweisen, dass er durch die Leistung befreit ist. Anzeige oder Urkunde müssen natürlich echt sein, was dem Schuldner auf sein Verlangen von dem neuen Gläubiger bewiesen werden muss. Händigt letzterer dem Schuldner die Urkunde über die Anerkennung der cessio legis nicht aus, so braucht der Schuldner nicht zu leisten.

Die Frage, ob der zur Leistung verpflichtete Schuldner einen fälligen Gegenanspruch auf Aushändigung der Urkunde gegen den neuen Gläubiger habe und demnach ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273, dessen Ausübung der Gläubiger durch Sicherheitsleistung nach § 273[3] abwenden könne, eine Frage, die in der 2. Kommission (Protokolle S. 800) unentschieden gelassen wurde, ist in verneinendem Sinne zu entscheiden.[1]) Einmal spricht der Wortlaut des § 410: „nur gegen Aushändigung verpflichtet" dagegen, dass der Schuldner noch nach der Zahlung gegen den neuen Gläubiger auf Ausstellung einer solchen Urkunde einen selbständigen Anspruch habe, ferner kann, wie Oertmann hervorhebt, der neue Gläubiger nicht als verpflichtet betrachtet werden, die Erklärung des früheren Gläubigers herbeizubringen. Eine Kündigung oder Mahnung des neuen Gläubigers kann der Schuldner, wenn sie ohne Vorlegung einer Urkunde des früheren Gläubigers über die Anerkennung der cessio legis erfolgt, dadurch unwirksam machen, dass er sie wegen des Fehlens der Urkunde unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121), zurückweist (§ 410).

Die Aushändigung einer Urkunde des früheren Gläubigers über die Anerkennung der cessio legis oder sonstiger Beweismittel konnte der Schuldner auch schon im gemeinen Rechte[2]) zu seiner Sicherheit bei der Leistung an den neuen Gläubiger verlangen; sonst war er nur zur Deposition verpflichtet.

[1]) Planck, § 410; Oertmann zu § 410.

[2]) siehe namentlich die Ausführungen Bähr's in Iherings Jahrb. Bd. I, S. 445 ff.

Gewährte der Cessionar dem Schuldner jedoch gegen die Gefahr etwaiger Ansprüche des früheren Gläubigers Kaution, so musste der Schuldner entgegen den Bestimmungen des B.G.B. an ihn leisten. (l. 11 § 21 D. de leg. III).

Wird endlich der Schuldner von mehreren angeblichen Gläubigern wegen derselben Forderung in Anspruch genommen, so kann er sich nach § 75 C.P.O. (früher § 72) dadurch befreien, dass er den Betrag der Forderung unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme zu Gunsten der ihn in Anspruch nehmenden Gläubiger hinterlegt und diese den Streit über ihre Berechtigung unter sich abmachen lässt.

In welcher Gestalt geht nun die Forderung auf den Cessionar über? Aus dem Prinzip der Singularsuccession folgt, dass der neue Gläubiger die Forderung in demselben Umfang, d. h. mit denselben Vorzügen und Mängeln erhält, mit denen sie beim früheren Gläubiger behaftet war.

Zunächst gehen also die accessorischen Rechte, insbesondere Pfandrechte und Rechte gegen Bürgen, auf den neuen Gläubiger über (l. 6, l. 23 pr. D. de her. vel act. vend. 18,4, l. 6, l. 7 C. de obl. et act. 4,10). Ebenso bestimmt B.G.B. (§§ 401, 412), dass mit der durch Vertrag wie durch Gesetz übertragenen Forderung Hypotheken oder Pfandrechte sowie Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger übergehen. Der erste Entwurf (§ 297) hatte die weiter gehende Bestimmung, dass alle zur Verstärkung der Forderung dienenden Nebenrechte übergehen sollten. Man hielt diese Fassung für bedenklich, weil unter den Begriff Nebenrechte sich auch Rechte bringen liessen, auf die die Vorschrift nicht passe, so besonders das kaufmännische Retentionsrecht aus H.G.B. § 369. Man wählte deshalb nur die hauptsächlichsten Accessorien in konkreterer Formulierung, wobei jedoch, wie auch in den Protokollen[1]) betont wird, die Ausdehnung der Vorschrift auf andere accessorische Rechte, deren Uebergang ja eigentlich schon aus dem Prinzip der Singularsuccession folgt, im

[1]) Protokolle, Bd. II, S. 778/779.

Wege der Analogie nicht ausgeschlossen wird. So wird die Bestimmung auszudehnen sein auf den Uebergang einer Vormerkung aus § 883 ff., die zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstücke besteht, ferner auf Ansprüche auf künftige Früchte, Zinsen und Konventionalstrafen[1]). Wie weit Nebenforderungen auf schon fällige Früchte, Zinsen, Kosten und verfallene Konventionalstrafen übergehen, lässt sich weder für das gemeine Recht noch für das B.G.B. einheitlich beantworten. Es richtet sich die Entscheidung hierüber nach der konkreten gesetzlichen Bestimmung, auf Grund deren die ganze Forderung übergeht. So ist z. B. in § 774 bestimmt, dass „soweit" der Bürge den Hauptschuldner befriedigt, ferner in § 426, dass, „soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann," die Forderung auf ihn übergehen soll.

Aber nicht nur die Accessorien der Forderung, sondern auch die Privilegien des Forderungsrechtes erhält der neue Gläubiger. Früher wollte man bezüglich der letzteren die Unterscheidung, die die Römer für die Universalsuccession machten, bei der nämlich die privilegia causae auf den Erben übergingen, nicht dagegen die privilegia personae, auch auf die Cession anwenden. Hierfür finden wir aber keinen Anhalt in den Quellen, in deren Entscheidungen vielmehr privilegia causae und personae, so z. B. von den letzteren die Zins- und Pfandprivilegien des Fiskus und der Minderjährigen, dem neuen Gläubiger zuerkannt werden (l. 7 C. de priv. fisci 7,73, l. 2 C. de his qui in pr. cred. 8,18). Aber wenn auch die Unterscheidung zwischen privilegia personae und causae nicht brauchbar ist, so gilt doch der obige Satz, dass grundsätzlich die Privilegien mit auf den neuen Gläubiger übergehen, nicht ohne jede Einschränkung für sämtliche Privilegien des früheren Gläubigers[2]). Ein Vorrecht des letzteren

[1]) Protokolle a. a. O. Planck zu § 401. Oertmann zu § 401.

[2]) Vangerow, Bd. III, § 575, Anm. 2, S. 117 ff. Puchta in Weiske's Rechtslexikon, S. 656. Mühlenbruch, § 55 ff., S. 554 ff. Windscheid,

nämlich, das mit der Forderung selbst in keiner Verbindung steht, das ihm nur bei der Geltendmachung derselben zugestanden hätte, also rein prozessualisch ist, wie z. B. die Sportelfreiheit des Fiskus, das Recht, den Beklagten vor sein Forum zu ziehen, Privilegien bezüglich der Sicherheitsleistung, können nicht auf den neuen Gläubiger übergehen, wohl dagegen solche Vorrechte, die zwar der Person des früheren Gläubigers wegen da sind, aber, wie Dernburg (Bd. II, S. 143) sich ausdrückt, „sich an die Forderung knüpfen," z. B. das Zins- und Pfandprivileg des Fiskus.

Auf eine Art von Vorrechten, deren Uebergang bei der Cession sehr bestritten ist, nämlich die Konkursprivilegien, muss hier etwas näher eingegangen werden. In einer Stelle ist der Uebergang derselben jedenfalls verneint. In l. 42 D. de adm. et per. tut. 26,7 heisst es:

Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit: in rem suam iudicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur; non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem.

Hier ist gesagt, dass einer von mehreren Mitvormündern, der dem Mündel zu zahlen verurteilt ist, und auf den durch cessio legis die Forderung des Mündels gegen die anderen Vormünder übergegangen ist, dessen Konkursprivilegien nicht geltend machen kann. Ob der Nichtübergang der privilegia exigendi für alle Cessionsarten oder nur für die Fälle der gesetzlichen oder richterlichen Cession gelten müsse, auf welche Dernburg a. a. O. die Anwendung der l. 42 cit. beschränkt haben will, ist hier nicht näher zu untersuchen, es genügt, hier festzustellen, dass der Uebergang jedenfalls bei der cessio legis ausgeschlossen ist. Wie jedoch die Entscheidung der Quellen mit dem allgemeinen Prinzip des Ueberganges der Vorrechte des früheren Gläubigers zu vereinbaren sei, darüber streitet man.

Pand. § 332, Anm. 10., S. 241. Bd. II. Dernburg, Pand, Bd. II, Anm. 6, S. 143. Baron, § 250. S. 463. Pand.

Nicht zutreffend scheint m. E. die Erklärung Puchta's a. a O. S. 658, Vangerow's a. a. O. und Windscheid's a. a. O. Diese meinen, es handle sich bei den Konkursprivilegien um Rechtswohlthaten, die in einer persönlichen Eigenschaft des früheren Gläubigers ihren Grund hätten und der Forderung einen Vorzug nicht sowohl verliehen als vielmehr erst in Aussicht stellten. Deshalb seien sie vom Übergange solange ausgeschlossen, als sie nicht mit der Forderung in Verbindung getreten seien, d. h. solange der Konkurs über das Vermögen des Schuldners nicht eröffnet, und die Forderungen wirkliche privilegierte Konkursforderungen mit wirksamem Vorzugsrecht geworden seien. Dagegen ist, wie namentlich Dernburg ausführt, zu sagen, dass die Konkursprivilegien nicht Rechtswohlthaten sind, die vor Eröffnung des Konkurses nur eine Aussicht auf Vorteile gewähren, sondern vielmehr sehr wichtige Eigenschaften gewisser Forderungen bilden, die den Wert derselben schon jetzt bedeutend erhöhen, wenn sie auch nur für den Fall des Konkurses des Schuldners wirksam werden.

Andere Schriftsteller (so Mühlenbruch S. 566, Dernburg) suchen die citierte Stelle dadurch zu erklären, dass in dem vorliegenden Fall der frühere Gläubiger kein Interesse an dem Übergang der Konkursprivilegien habe, und dass überall, wo ein solches Interesse des früheren Gläubigers fehle, also besonders bei der cessio legis, diese nicht übergingen. Doch dieser Grund ist aus den Entscheidungsgründen der Stelle keineswegs ersichtlich.

Der Ausschluss des Übergangs lässt sich prinzipiell wohl kaum rechtfertigen, man wird eine positive Ausnahmebestimmung der Quellen von der allgemeinen Regel des Übergangs der Privilegien anzunehmen haben (So auch Baron S. 463). B. G. B. hat die Frage (§§ 401, 412) sachgemäss dahin entschieden, dass ein mit der Forderung für den Fall des Konkurses oder der Zwangsvollstreckung verbundenes Vorzugsrecht auf den neuen Gläubiger übergeht Der erste Entwurf § 297 bestimmte ausdrücklich, mit Rücksicht auf die gemeinrechtliche Kontroverse, dass der Übergang der

Konkursvorrechte auch dann gelten solle, wenn der Konkurs noch nicht eröffnet sei. Diese Vorschrift ist durch die Formulierung „für den Fall des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht“ in § 401 ersetzt worden. Voraussetzung des Überganges ist, dass das Vorzugsrecht mit der Forderung verbunden ist, nicht dass es dem Gläubiger etwa nur für seine Person zusteht. Ein solches Vorrecht, das nach B. G. B., C. P. O. und K. O. zwar nicht besteht, aber nach besonders aufrechterhaltenen Gesetzen noch begründet sein kann, ist auf den neuen Gläubiger nicht übertragbar[1]).

Wieder sehr bestritten ist die in den Quellen nicht beantwortete Frage[2]), ob der Cessionar Vorrechte, die ihm wegen seiner eigenen persönlichen Stellung zustehen, auch bezüglich der von ihm durch Cession erworbenen Forderungen ausüben könne, z. B. ob Kinder, Mündel oder Pflegebefohlene bezüglich der auf sie übergegangenen Forderungen ein Vorrecht im Konkurse des Vaters, Vormundes oder Pflegers nach K. O. § 61 [5] haben. Diese auch vom B. G. B. absichtlich offen gelassene Frage wird von Dernburg[3]) und Baron[4]) verneint, weil die Lage des Schuldners durch die Cession nicht verschlechtert werden solle. Dagegen ist m. E. mit Windscheid[5]), Martinius[6]) und Oertmann[7]) die Frage zu bejahen, da der neue Gläubiger nach dem Prinzip der Sondernachfolge die Forderung als seine eigene geltend macht. Eine Bestimmung, dass die Lage des Schuldners durch die Übertragung der Forderung nicht verschlechtert werden dürfe, hat das B. G. B. nicht aufgestellt, daraus kann also nicht gefolgert werden, dass der neue Gläubiger seine eigenen Privilegien nicht geltend machen könne. Gegen Chikane

[1]) Planck, a. a. O. § 401. Oertmann, a. a. O. § 401. Nr. 2.

[2]) Die früher für diese Frage citierten l. 6 D. de iure fisci 49, 14 und l. 17 § 6 D. de us. 22, 1 sprechen von der Universalsuccession.

[3]) Dernburg, Bd. II, S. 144. Pand.

[4]) Baron, a. a. O. S. 464.

[5]) Windscheid, § 332, Anm. 12, S. 242 Pand. Bd. II.

[6]) Martinius, Gutachten aus dem Anwaltsstand. S. 64.

[7]) Oertmann, a. a. O. S. 401.

bei vertraglicher Cession ist der Schuldner ja ausserdem nach allgemeinen Grundsätzen aus § 826 geschützt.

Aber nicht nur die Vorzüge der Forderung gehen auf den neuen Gläubiger über, sondern auch die Mängel derselben, d. h. die Einwendungen, die gegen den früheren Gläubiger bestehen, muss auch der Cessionar gegen sich gelten lassen. Ausgeschlossen sind natürlich rein prozessuale Einreden; so kann z. B. der Schuldner, falls eine Forderung durch cessio legis von einem Ausländer auf einen Inländer übergegangen ist, letzterem nicht die ihm gegen jenen zustehende prozesshindernde Einrede wegen mangelnder Sicherheit für die Prozesskosten aus § 274[5] C. P. O. entgegensetzen. Ob aber grundsätzlich alle übrigen Einwendungen dem Schuldner gegen den neuen Gläubiger zustehen, ist für das gemeine Recht bestritten. Windscheid [1]) behauptet, dass mit dem Wechsel des Gläubigers solche Einreden untergingen, welche sich „nicht sowohl auf die Forderung selbst als vielmehr auf diese bestimmte Gläubigerperson beziehen", so besonders die Einrede der Kompetenz auf Grund einer persönlichen Eigenschaft des Gläubigers. Er stützt seine Ansicht auf l. 7 D. de except. 44, 1. In dieser Stelle ist allerdings gesagt, dass die exceptiones personae cohaerentes und besonders die exceptio „quod facere possit" non competit fideiussori, wohl dagegen sollen die exceptiones rei cohaerentes, zu denen sämtliche mit der Forderung unmittelbar zusammenhängende Einreden gezählt werden, z. B. auch die exceptio doli mali, dem Bürgen zustehen. Aber diese Stelle handelt nur vom Bürgen, und in ihr ist nirgends gesagt, dass die Einrede der Kompetenz auch gegen den Cessionar nicht Anwendung finden solle. Sodann soll nach Windscheid zu jenen höchst persönlichen Einreden, die nicht gegen den Cessionar wirken, die Einrede aus einem persönlichen Erlassvertrage gehören, d. h. aus einem solchen, „der wirklich nur diese Gläubigerperson hat ausschliessen wollen." Mit Recht hebt Dernburg[2]) hiergegen

[1]) Windscheid, Pand., Bd. II, § 332. S. 239. Actio, S. 182 ff.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. II, S. 144, Anm. 8.

hervor, dass ein solcher Erlassvertrag kaum vorkommen werde, da er für den Schuldner nahezu wertlos sei, indem ja der Gläubiger denselben durch die Cession jederzeit vereiteln könne. Man kann höchstens daran denken, dass einem Schuldner daran liegt, nicht von einer bestimmten Person aus irgend welchen Rücksichten z. B., weil dieselbe im Rufe steht, wucherische Geschäfte zu betreiben, belangt zu werden, dass es dem Schuldner aber gleichgültig ist, wenn er von dem Cessionar dieser Person verklagt wird. Aber für einen solchen Fall bedarf es der Unterscheidung Windscheids nicht, die Entscheidung über eine derartige Abmachung wird sich vielmehr unmittelbar aus dem Vertrage ergeben. Früher wollte man auch die exceptio doli gegen den Cessionar ausschliessen auf Grund der l. 4 § 27—31 D. de doli mal. exc. 44, 1. Das ist heute allgemein aufgegeben, da die betreffenden Stellen sich gar nicht auf die Übertragung von Forderungen beziehen.

Wir können daher den Satz aufstellen, dass alle Einreden gegen den früheren Gläubiger auch gegen den neuen Gläubiger zustehen. So Dernburg[1]), Francke[2]), Vangerow[3]), dagegen Mühlenbruch[4]).

Auch nach B. G. B. § 404 sind dem neuen Gläubiger gegenüber alle Einwendungen wirksam, die dem Schuldner gegen den früheren Gläubiger zustanden, gleichviel ob sie Einreden im eigentlichen Sinne, d. h. selbständige Gegenrechte des Schuldners gegen den bestehenden Anspruch des Gläubigers sind, oder rechtshindernde Thatsachen, die den Anspruch gar nicht entstehen liessen, wie z. B. Geschäftsunfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Eingehung der Verbindlichkeit, oder endlich rechtsaufhebende Thatsachen, die den früher entstandenen Anspruch wieder vernichtet haben wie Erfüllung.

---

[1]) Dernburg, Pand., S. 144. Bd. II.
[2]) Francke, Arch. f. civ. Pr. Bd. 16, S. 417 ff.
[3]) Vangerow, § 575 Anm. 1, S. 113 ff. Pand. Bd. III.
[4]) Mühlenbruch, S. 588, a. a. O.

Der erste Entwurf § 302 hielt noch den für das gemeine Recht von Windscheid vertretenen Standpunkt fest, dass der Schuldner dem neuen Gläubiger Einreden nicht entgegensetzen könne, die eine ausschliessliche Beziehung auf die Person des bisherigen Gläubigers hätten. Diese Vorschrift wurde jedoch gestrichen, weil der Entwurf selbst solche Einreden nicht kenne, und, falls sie einmal durch Vereinbarung begründet werden sollten, die richtige Entscheidung sich aus dieser unmittelbar werde entnehmen lassen [1]).

Es fragt sich nun, bis zu welchem Zeitpunkt müssen die Einwendungen gegen den bisherigen Gläubiger entstanden sein, damit sie auch gegen den neuen Gläubiger wirksam sind? Grundsätzlich steht sowohl die gemeinrechtliche Doktrin, soweit sie den Übergang der Forderung mit der Cession und nicht erst mit der Denunziation als vollendet ansieht, wie auch B. G. B. § 404 (412) auf dem Standpunkte, dass die Einwendungen zur Zeit des gesetzlichen Übergangs „begründet“ sein müssen. Jedoch ist dieser Zeitpunkt durch die oben (S. 39 ff.) besprochenen Bestimmungen zum Schutz des Schuldners thatsächlich für das gemeine Recht bis zur Denunziation und für das B. G. B. (§§ 407/408) bis zur Kenntnis des Schuldners von dem gesetzlichen Übergang hinausgeschoben, da ja bis zu diesem Augenblick der neue Gläubiger jede Leistung und jedes Rechtsgeschäft des Schuldners mit dem früheren Gläubiger, also auch die durch derartige Akte begründeten Einwendungen, gegen sich gelten lassen muss. Einer Erläuterung bedarf noch das Wort „begründet“. Hiernach ist nicht erforderlich, dass die Einwendungen schon zur Zeit des Übergangs resp. der Denunziation oder Kenntnis entstanden sind, sondern es muss nur die thatsächliche Grundlage der betreffenden Einwendung in der Obligation zwischen Gläubiger und Schuldner in obigem Zeitpunkt vorhanden gewesen sein, ohne dass es darauf ankommt, zu welcher Zeit die Thatsache selbst eingetreten ist. So kann z. B. der Schuldner dem neuen Gläubiger eine

[1]) Protokolle, S. 781.

nach dem gesetzlichen Übergang eingetretene Resolutivbedingung entgegensetzen, falls nur das Rechtsverhältnis zur Zeit des Übergangs auf den neuen Gläubiger resolutiv bedingt war. Zweifel können entstehen bezüglich der Einrede der Verjährung, da diese sich ganz allmählich begründet, „stückweise", wie Oertmann [1]) sagt. Man wird hier mit Oertmann anzunehmen haben, dass die während der Berechtigung des früheren Gläubigers abgelaufene Zeit auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden kann.

Eine besondere Regelung hat im B. G. B. § 406 (412) in Übereinstimmung mit der herrschenden, von Windscheid [2]), Dernburg [3]) und dem R. G. für das gemeine Recht angenommenen Meinung die Aufrechnungsbefugnis des Schuldners gegen den neuen Gläubiger mit Forderungen, die ihm gegen den früheren Gläubiger zustehen, erfahren. Es kann nämlich der Schuldner eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, dass er beim Erwerb der Forderung Kenntnis von dem gesetzlichen Übergang hatte, oder dass die Forderung nach erlangter Kenntnis und später als die übertragene Forderung fällig geworden ist. Für das gemeine Recht tritt an die Stelle der Kenntnis die Denunziation. Z. B. am 1. Mai 1900 ist eine Forderung des A auf 1000 gegen C auf B durch cessio legis übergegangen. Die Forderung ist am 1. August 1900 fällig. Am 1. Juli erlangt C Kenntnis von der Cession, resp. es wird ihm denunziiert. Am 30. Juni erlangte C gegen A eine Gegenforderung auf 1000, die ebenfalls bis zum 1. August fällig wird. Hier kann C gegen B aufrechnen. Die Aufrechnung wäre aber ausgeschlossen, wenn C die Gegenforderung gegen A nach erlangter Kenntnis von der Cession, resp. nach der Denunziation, etwa am 2. Juli erlangt hätte, auch wenn die Gegenforderung etwa schon am 15. Juli fällig würde, und ebenso, falls die Gegenforderung erst nach Erlangung der Kenntnis

[1]) Oertmann zu § 404. Anm. 1.
[2]) Windscheid, a. a. O. § 350, S. 302. Pand. Bd. II.
[3]) Dernburg, Bd. II, S. 177. Pand.

und später als die übergegangene Forderung, etwa am 15. August, fällig würde. Es enthält diese Bestimmung, die eine Ausnahme von der Regel bildet, dass eine Aufrechnungseinrede anderen Personen als dem Gläubiger, gegen den die aufzurechnende Forderung erworben ist, nicht entgegengesetzt werden könne[1]), wieder eine jener Vorschriften, die zum Schutze des Schuldners getroffen sind, der vielleicht gerade mit Rücksicht auf seine Aufrechnungsmöglichkeit zur Gewährung von Credit an den früheren Gläubiger bestimmt worden ist, dem deshalb die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegenüber dem neuen Gläubiger z. B. im Falle der Insolvenz des früheren Gläubigers, Nachteil bringen würde. Dass eine der Ausnahmen vorliegt, unter denen die Aufrechnung ausgeschlossen ist, hat, wie aus der Fassung des § 406 hervorgeht, der neue Gläubiger zu beweisen. Die Bestimmung gilt auch im Falle mehrmaliger Übertragung der Forderung. Ist also eine Forderung des A gegen C durch cessio legis auf B übergegangen, und hat B dieselbe an D abgetreten, so kann C auch die gegen B erworbenen Gegenforderungen unter den dargelegten Voraussetzungen gegen D aufrechnen[2]). Die Anwendung des § 406 ist in demselben Umfange und aus denselben Gründen wie die der §§ 407, 408 bei der Übertragung einer Hypothekenforderung für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek ausgeschlossen. (Siehe oben S. 45 ff., ferner §§ 1156, 1158, 1185 B. G. B.),

Bestritten ist im gemeinen Rechte die auch vom B.G.B. nicht beantwortete Frage, ob die Anerkennung des Ueberganges der Forderung durch den Schuldner diesem seine Einwendungen gegen den früheren Gläubiger nehme. In einer einfachen Anerkennung der cessio legis wird man einen Verzicht des Schuldners auf seine Einreden gegen den früheren Gläubiger nicht sehen können. Inwieweit dagegen in der An-

[1]) Dernburg, Pand. § 63, S. 177. Bd. II. B. G. B. § 387.

[2]) Siehe Motive, S. 131, Bd. II.

erkennung der Forderung selbst ein solcher Verzicht liegt, ist Auslegungsfrage des einzelnen Falles[1]).

Während die Einwendungen des Schuldners, dass die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt, simuliert sei, oder dass ein die Uebertragung gemäss § 399 hinderndes pactum de non cedendo mit dem früheren Gläubiger geschlossen sei, bei der vertraglichen Cession nach § 405 dem gutgläubigen Cessionar gegenüber ausgeschlossen sind, falls der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt hat, und die Forderung unter Vorlegung derselben abgetreten wird, stehen bei der cessio legis auch diese Einwendungen dem Schuldner gegen den neuen Gläubiger ohne jede Einschränkung zu. (§ 412).

Selbstverständlich kann der Schuldner auch Einwendungen jeder Art aus der Person des neuen Gläubigers entnehmen. Zu diesen wird auch die Einwendung gezählt, dass die Cession simuliert, der neue Gläubiger also nicht Gläubiger geworden sei, eine Einwendung, deren Zulässigkeit höchst bestritten ist. Wie steht es mit derselben bei der cessio legis?

Eine Simulation der gesetzlichen Uebertragung ist m. E. unmöglich. Zur Simulation ist erforderlich, dass das, worüber die Parteien simulieren, der Gegenstand der Simulation, ihrer Willensmacht untersteht. Bei der cessio legis ist dies nicht der Fall. Der gesetzliche Uebergang tritt lediglich auf Grund des Vorhandenseins der vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen ein, unabhängig von dem Willen des früheren und neuen Gläubigers, nur gestützt auf die gesetzliche Anordnung des Ueberganges. Daher ist nur möglich, dass die Parteien das Vorhandensein der vom Gesetz geforderten Voraussetzungen, der Thatsachen, an die das Gesetz die cessio legis knüpft, simulieren. Z. B.: A hat eine Forderung gegen C, für die B als selbstschuldnerischer Bürge haftet. Da A sowohl mit B als mit C eng befreundet oder verwandt ist

[1]) Mühlenbruch, a. a. O. § 50, S. 511. Motive, S. 130. Bd. II. Oertmann, a. a. O. § 404. Anders: Glück, Pand. Komm., Bd. XVI, S. 426. Dernburg, Pand., Bd. II, § 51, S. 45.

und deshalb gegen keinen von beiden klageweise vorgehen mag, beide aber gutwillig nicht zahlen, bewegt er den B dazu, der derartige Rücksichten gegen C nicht zu nehmen hat, die Forderung für seine, des A Rechnung gegen C einzuklagen, worauf B auch eingeht. Um sein Vorgehen C gegenüber zu verdecken, teilt A im Einverständnis mit B dem C mit, dass B als Bürge die Schuld bezahlt habe, und demgemäss die Forderung durch cessio legis nach § 774 B.G.B. auf B übergegangen sei. Hier ist von cessio legis keine Rede. Denn die vom Gesetz geforderte Voraussetzung, dass B für C gezahlt habe, ist nicht erfüllt, also auch B nicht Gläubiger durch cessio legis. Es liegt vielmehr m. E. eine einfache vertragliche Cession, eine Abtretung zum Zwecke der Einziehung der Forderung von A an B vor, die die Parteien unter dem Deckmantel einer nicht erfolgten cessio legis vornehmen. Es kommen also sowohl nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts [1]) als auch gemäss § 117 [2] B.G.B. die für das dissimulierte oder verdeckte Geschäft, also die Abtretung geltenden Grundsätze zur Anwendung. Demnach scheidet die Frage nach der Behandlung der Einrede der Simulation der Cession, als nur für die vertragliche Cession in Betracht kommend, für unsere Aufgabe, die es nur mit der cessio legis zu thun hat, aus.

Ueber das Verhältnis des früheren Gläubigers zum neuen Gläubiger ist nur wenig zu sagen. Von einer Haftung des früheren Gläubigers für den rechtlichen Bestand oder die Güte der Forderung, die sich bei der Abtretung nach dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft, der causa cessionis wie Kauf, Schenkung richtet, kann bei der cessio legis keine Rede sein, da der neue Gläubiger nur kraft gesetzlicher Vorschrift in das vorhandene Recht, welcher Beschaffenheit es auch sei, succediert. Der erste Entwurf sprach diesen Grundsatz in § 300 aus, doch wurde die Vorschrift gestrichen, weil man annahm, dass sie als selbstverständlich eines besonderen Ausdruckes im Gesetze nicht bedürfe. Dass der frühere

[1]) Dernburg, Pand. Bd. I, § 100, S. 236.

Gläubiger für Verfügungen, die er nach erfolgtem Uebergang, aber vor der Denunziation respektive Kenntnis des Schuldners diesem gegenüber vornimmt, ersatzpflichtig ist und etwa angenommene Zahlungen dem neuen Gläubiger mit der condictio sine causa resp. nach B.G.B. § 816 herausgeben muss, ist oben (S. 39 ff.) bei der Erörterung der zum Schutze des Schuldners getroffenen Bestimmungen dargestellt.

Als selbständige Verpflichtung des früheren Gläubigers, die sich lediglich auf den gesetzlichen Uebergang selbst gründet, ist hervorzuheben, dass er dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, herauszugeben hat (§§ 402, 412). Ist die Forderung nur teilweise auf den neuen Gläubiger übergegangen, so kann dieser die Herausgabe der Originalurkunden natürlich nicht verlangen. Er wird nur eine Abschrift fordern können[1]) oder auch Einräumung des Mitbesitzes der Originalurkunden[2]). Ferner muss der frühere Gläubiger dem neuen Gläubiger auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde ausstellen, dass er die kraft Gesetzes erfolgte Uebertragung anerkenne. Die Kosten dieser Urkunde hat der neue Gläubiger zu tragen und vorzuschiessen, woraus folgt, dass, solange dieser Kostenvorschuss nicht geleistet ist, der frühere Gläubiger ein Retentionsrecht aus § 273 hat und demgemäss mit seiner Verpflichtung nicht in Verzug kommt. Die gleichen Grundsätze galten auch schon für das gemeine Recht[3]).

Unsere bisherigen Erörterungen beschränkten sich im wesentlichen auf den gesetzlichen Uebergang von Forderungsrechten. Aber nicht nur relative, sondern auch absolute

---

[1]) So Oertmann § 402 in Anlehnung an die Motive II, S. 128 entsprechend der Vorschrift des A. L. R. I, 11, § 399.

[2]) Planck, a. a. O. § 402.

[3]) Mühlenbruch a. a. O. S. 621 ff.
Bähr, a. a. O. S. 481.
Windscheid, Bd. II, § 336, S. 252. Pand.
Dernburg, Bd. II, § 52, S. 146. Pand.

Rechte können Gegenstand der Cession sein. Insbesondere sprechen die Quellen häufiger von der Cession der rei vindicatio. Auch diese erfolgt durch Vertrag, richterliche Anordnung und in einem hier näher zu erörternden Fall auch durch das Gesetz. Dieser ist folgender:

l. 63 D. de rei vind. 6,1:

Si culpa, non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a iudice, si desideret, ut adversarius actione sua cedat: cum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente, nulla captione afficietur. ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente, debet adiuvari.

Es handelt sich hier um den Fall, dass jemand eine Sache dem Eigentümer herausgeben soll, wegen culposen Besitzverlustes derselben nicht dazu imstande ist und deshalb Schadensersatz leisten muss. Es soll hier die rei vindicatio des Eigentümers auf ihn durch cessio legis übergehen, was aus den Worten hervorgeht: cum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit.[1])

Welchen Regeln untersteht nun diese gesetzliche Uebertragung? Antwort hierauf giebt nur eine einzige Stelle, die l. 9 C. de her. vel. act. vend. 4,39, in der allgemein bestimmt ist, dass die Vorschriften über die Forderungscession auch für die Cession dinglicher Ansprüche gelten sollen. Inwieweit diese analoge Anwendung im einzelnen zu gelten habe, ist höchst streitig. Die wichtigsten Abweichungen von den oben dargestellten Regeln der cessio legis bei Forderungsrechten seien hier bezüglich der l. 63 cit. kurz dargelegt.

1. Während für die Forderungsübertragung es wenigstens für das heutige gemeine Recht als feststehend zu betrachten ist, dass das Recht selbst übertragen wird, dass eine Singularsuccession in die Forderung stattfindet, geht durch die Cession der rei vindicatio nicht das Eigentum über. Denn zum Eigen-

[1]) So Mühlenbruch a. a. O. S. 473.
Windscheid, Pand., Bd. II, § 337, S. 254.

tumsübergang erfordert das römische und gemeine Recht die traditio, die Besitzübertragung. Diesem Erfordernis wird durch den Uebergang der rei vindicatio nicht genügt. Vielmehr bleibt der bisherige Berechtigte auch noch nach der Cession Eigentümer[1]). Die entgegengesetzte Anschauung, die sich mit dem Traditionsprinzip des gemeinen Rechts in direkten Widerspruch setzt und nur von Zimmermann[2]) vertreten wird, der dem Cessionar ein dominium utile zuspricht, hat keine weiteren Anhänger gefunden. Allerdings hat der Fall der l. 63 cit. den Zweck, dem Cessionar das Eigentum der Sache zu verschaffen. Aber dieser Zweck wird nicht schon durch die gesetzliche Cession der rei vindicatio, sondern erst durch den auf Grund der übergegangenen Klage erlangten Besitz der Sache erreicht.

2. Was erhält nun der Cessionar durch die cessio legis? Darauf ist im Gegensatz zur Cession der Forderungsrechte zu sagen, dass er das Klagerecht des Eigentümers, also ein fremdes Recht ausübt, allerdings im eigenen Interesse[3]). Denn da der Eigentümer durch die Cession sein Eigentum nicht verloren hat, der Eigentumsanspruch aber begrifflich zum Eigentumsrecht gehört und nur ein Ausfluss desselben ist, ist die Uebertragung der rei vindicatio selbst durch die cessio legis ausgeschlossen. Daher kann der Cessionar nur die rei vindicatio des Eigentümers ausüben. Daraus ergeben sich wichtige Konsequenzen. Das Klagerecht des Cessionars ist vollständig abhängig von dem Recht des Eigentümers. Verliert der Eigentümer sein dingliches Recht, ersitzt z. B. ein Dritter die Sache, so hat der Cessionar sein Klagerecht

---

[1]) So v. Ihering: Uebertragung der rei vindicatio auf Nichteigentümer in seinen Jahrbüchern, Bd. I, S. 109 ff.
Windscheid, Bd. II, § 337, S, 255. Pand.
Dernburg. Bd. I, § 225, S, 531. Pand.

[2]) Zimmermann in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess N. F. Bd. XV, Nr. 4, S. 110 ff. „Ueber fingierte und stillschweigende Cession, insbesondere der Vindikation."

[3]) So Dernburg, Bd. I. S. 531. Pand.
ähnlich Ihering, S. 109, a. a. O.
Windscheid, Bd. II, S. 255. Pand.

verloren [1]). Auch in doloser Weise wie durch Veräusserung des Eigentumes kann der Eigentümer das Recht des Cessionars vereiteln. Denn da ihm sein Eigentum geblieben ist, hat er noch vollkommen die durch dasselbe gegebene rechtliche Macht. Seine Lage ist Dritten gegenüber unverändert. „Die Cession hat also nicht die Klage von einem auf den andern übertragen, sondern sie verdoppelt oder richtiger gesagt, statt einer Person zwei Personen die Möglichkeit zu klagen verschafft.“ [2])

3. Es fragt sich, ob diese unsichere Lage des Cessionars gebessert werden kann durch die Denunziation. Ihering (S. 110 ff.) hält die Denunziation bei der Cession dinglicher Klagen für unzulässig, da dieselbe „ein nur bei der Cession der Forderung gebotenes und nur dieser einzelnen Art der Cession eigentümliches Sicherungsmittel sei“. Einen Beweis hierfür hat Ihering jedoch nicht erbracht. Gegen seine Behauptung spricht namentlich die l. 9 C. 4,39, wo von einem Ausschluss der Denunziation bei der Cession dinglicher Klagen keine Rede ist. Darum ist von anderen Schriftstellern [3]) die Anwendbarkeit der Denunziation hier anerkannt. Aber dieselbe gewährt dem Cessionar nur Schutz gegen den Besitzer, dem denunziiert ist. Dieser darf die Sache nur dem Cessionar herausgeben und haftet ihm eventuell als fictus possessor. Kommt dagegen die Sache ohne Schuld des Besitzers in die Hände eines die Denunziation nicht kennenden Dritten, so hat der Cessionar gegen diesen keinen Schutz.

4. Die Frage, gegen wen sich die Klage des Cessionars richten kann, ob nur gegen den Besitzer zur Zeit der Cession oder auch gegen die nachfolgenden und selbst gegen den Eigentümer, falls er den Besitz erlangt, ist für die freiwillige Cession der rei vindicatio höchst bestritten, für unseren hier

[1]) Ihering, S. 110, a. a. O.
Windscheid, Pand., S. 255, Bd. II.

[2]) Ihering, S. 110, a. a. O.

[3]) Bähr, a. a. O. S. 444. — Windscheid, Pand. S. 254. Bd. II — Dernburg, Bd. I, S. 531, Anm. 3. Pand.

allein in Betracht kommenden Fall der cessio legis in l. 63 cit. aber klar dahin ausgesprochen, dass sie zulässig ist gegen jeden nachfolgenden Besitzer: quolibet alio possidente und selbst gegen den besitzenden Eigentümer: ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente.

Nach dem B. G.-B. finden die allgemeinen Bestimmungen über Forderungsrechte auch Anwendung auf die aus absoluten Rechten hervorgehenden Ansprüche, soweit sie lediglich auf Herstellung des dem absoluten Recht entsprechenden Zustandes gerichtet sind. Hierfür findet sich zwar keine ausdrückliche allgemeine Bestimmung im Gesetz, jedoch ist dieser Grundsatz wegen des den Forderungsrechten analogen Charakters dieser Ansprüche allgemein anerkannt und auch in Einzelvorschriften des Gesetzes bestätigt, z. B. in § 990 bezüglich der Anwendung der Regeln des Verzuges bei der rei vindicatio gegen den bösgläubigen Besitzer, ebenso in § 993, in dem die Haftung des redlichen Besitzers für Schadensersatz ausdrücklich ausgeschlossen wird[1]). Soweit daher solche Ansprüche kraft Gesetzes übertragen werden, finden die dargelegten Grundsätze der cessio legis der Forderungsrechte ohne weiteres Anwendung. Darüber hinausgehend bestimmt aber § 413, dass die Vorschriften über die Übertragung von Forderungsrechten auf die Übertragung anderer Rechte selbst entsprechende Anwendung finden sollen. Für das B. G.-B. ist jedoch diese Regel unpraktisch, da sie nur insoweit Anwendung findet, als das Gesetz selbst nicht ein Anderes vorschreibt, das B G.-B. aber für die Übertragung der in ihm geregelten Rechte in jedem Falle besondere Vorschriften gegeben hat, so z. B. in § 792 bezüglich der Anweisung, in § 929 ff. bezüglich der Eigentumsübertragung, § 2033 bezüglich der Übertragung eines Erbteils u s. w. Bedeutung hat dagegen § 413 für die Übertragung von solchen absoluten Rechten, die in besonderen Gesetzen geregelt sind, und für die eine bestimmte Vorschrift bezüglich der Über-

[1]) Für diesen Grundsatz Motive, Bd. II, S. 4, Bd. III, S. 397, 399, 408, 409. — Planck a. a. O. S. 4. — Oertmann zu § 413.

tragung nicht besteht, so z. B. für das Urheberrecht an Schriftwerken, an Werken der bildenden Künste, an Photographien, Patenten und Gebrauchsmustern. Soweit daher ein solches Recht durch cessio legis übertragen wird, finden die für Forderungen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Druck von Max Schmersow vorm. Zahn & Baendel, Kirchhain N.-L.